

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Plena

SENTENCIA C-437 DE 2023

Referencia: Expediente D-15082

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 (parcial), que modificó el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993

Magistrada ponente:

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

I. I. ANTECEDENTES

1. 1. Trámite procesal

1. 1. El 7 de diciembre de 2022, el ciudadano Marco Vita Mesa (en adelante, “el demandante”) presentó demanda de acción pública de inconstitucionalidad en contra de las expresiones “sociedades” y “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”, previstas en el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 (parcial), que modificó el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. Sostuvo que las expresiones demandadas vulneran los artículos 2, 13, 122 (inc.5º) y 209 de la Constitución Política.

2. El 25 de enero de 2023, la magistrada ponente inadmitió la demanda, al considerar que los pretendidos cargos no cumplían con las exigencias argumentativas generales de las

demandas de inconstitucionalidad, así como aquellas desarrolladas por la jurisprudencia constitucional para la formulación de cargos por la violación al principio de igualdad y por la existencia de omisiones legislativas relativas.

3. El 30 de enero de 2023, dentro del término legal, el demandante presentó escrito de corrección.

4. Mediante auto de 16 de febrero de 2023, la magistrada ponente resolvió (i) admitir la demanda por la presunta vulneración de los artículos 13 y 122 (inc.5º) de la Constitución Política; (ii) rechazar la demanda en relación con el pretendido cargo por desconocimiento de los artículos 2 y 209 ibidem; (iii) correr traslado a la Procuraduría General de la Nación; (iv) fijar en lista el proceso; (v) comunicar el inicio del proceso a la Presidencia de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Vivienda; y, por último, (vi) invitar a participar a varias entidades y universidades.

2. Norma demandada

“LEY 2014 de 2019

(diciembre 30)

Por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones.

(...)

Artículo 2. Inhabilidad para contratar. Modifíquese el literal j) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

(...)

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la

corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.

(...)"

3. La demanda

6. El demandante sostiene que las expresiones “sociedades” y “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”, previstas en los incisos 3º y 5º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, tienen un efecto normativo fundamental: excluyen a dos grupos de personas jurídicas de la “inhabilidad por extensión” para contratar con el Estado. Estos grupos de personas jurídicas son: (i) las personas o entidades jurídicas sin ánimo de lucro, “como las asociaciones, corporaciones, fundaciones y entidades de economía solidarias” y (ii) las

sociedades anónimas abiertas. Esto implica que estas personas jurídicas no estarán inhabilitadas para contratar con el Estado, aun cuando sus administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o socios controlantes hayan sido condenados por delitos o faltas en contra de la administración pública, o por cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia.

7. Según el demandante, la exclusión de estas personas jurídicas como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión vulnera los artículos 122 (inc.5º) y 13 de la Constitución, por las razones que a continuación se sintetizan.

1. %1.1. Las expresiones demandadas violan el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución

8. El artículo 122 (inc.5º) de la Constitución dispone que no “podrán 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”. Según el demandante, la inhabilidad para contratar con el Estado “por interpuesta persona” prevista en esta disposición es preventiva y busca evitar que las personas jurídicas “sean utilizadas por el inhabilitado directo o principal para evadir o burlar la inhabilidad para contratar”. Asimismo, es absoluta porque “no permite excepciones; (...) abarca a todas las personas que incurran en la situación fáctica y jurídica descrita”.

9. El demandante argumenta que las expresiones demandadas contrarían de forma “literal” el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución al permitir, en algunos casos, lo que la norma constitucional prohíbe en todos: “la posibilidad de que una persona natural condenada por delitos que afecten el patrimonio público pueda contratar, por interpuesta persona, con el Estado”. De un lado, la expresión “sociedades” excluye como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión a “todas las demás personas jurídicas con capacidad de contratar diferentes a las sociedades, las cuales podrían ser utilizadas como ficción jurídica por personas naturales inhabilitadas para contratar con el Estado”. Por otro, la expresión “con excepción de las sociedades abiertas” concede una “gabela para que administradores o controlantes condenados por corrupción utilicen dicha figura societaria como vehículo para acceder a la contratación pública”.

10. 10. En este sentido, el demandante concluye que “a pesar del loable propósito de la

norma al crear las inhabilidades 'por extensión' como mecanismo para evitar que se haga uso de las ficciones jurídicas como vehículos para eludir su aplicación, la redacción se queda corta al limitar [su aplicabilidad] únicamente a las personas jurídicas de naturaleza societaria y (...) desnaturaliza[r] su finalidad para el caso de las sociedades abiertas".

3.2. Las expresiones demandadas vulneran el principio de igualdad

11. 11. El demandante sostiene que las expresiones demandadas vulneran el derecho a la igualdad (art. 13 de la CP). En el escrito de corrección, el demandante precisó los sujetos comparables, el trato diferenciado que se deriva de las expresiones demandadas y las razones por las cuales, en su criterio, este trato diferenciado carece de justificación constitucional:

2. %1.2. Trato diferenciado. El demandante argumenta que la diferencia de trato consiste en que para las sociedades cerradas "la comisión de actos de corrupción por parte de sus administradores o controlantes les implica la imposibilidad de contratar con el Estado". En cambio, para otros -personas jurídicas sin ánimo de lucro diferentes a las sociedades y sociedades abiertas-, "la comisión de las mismas conductas delictivas por sus administradores o controlantes no tiene ninguna implicación en la contratación pública. Es precisamente en ese punto que se genera el desequilibrio entre sujetos en la misma situación".

3. %1.3. Justificación constitucional. El demandante considera que el tratamiento diferenciado "no tiene ninguna justificación constitucional". Por el contrario, argumenta que el artículo 122 (inc.5º) Superior ordena que "toda persona" que cometa actos de corrupción "quede vetada permanentemente de contratar con el Estado". Según el demandante, "en el contexto normativo actual de las expresiones acusadas no hay ninguna razón que justifique que personas jurídicas en iguales condiciones sean tratadas con un rasero diferente".

11. Con fundamento en estos argumentos, el demandante solicita:

"Que se declare la INEXEQUIBILIDAD de la expresión 'con excepción de las sociedades anónimas abiertas' del artículo 2 de la Ley 2014 de 2019.

Que se declare la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del término 'sociedades' de los incisos

tercero y quinto del artículo 2 de la Ley 2014 de 2019, en el entendido que abarca a todas las personas jurídicas de derecho privado con capacidad para contratar”.

4. Intervenciones

12. La Corte Constitucional recibió seis (6) intervenciones, presentadas por (i) la Academia Colombiana de Jurisprudencia (ACJ), (ii) la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), (iii) la Corporación Transparencia por Colombia (CTC), (iv) el Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas (CCAA), (v) la Universidad Libre y (vi) el Ministerio de Justicia y del Derecho. A continuación, la Sala sintetiza las intervenciones y solicitudes frente a cada una de las expresiones demandadas.

4.1. Intervenciones y solicitudes respecto de la expresión “sociedades”

14. 14. Tres (3) intervinientes se refirieron a la constitucionalidad de la expresión “sociedades”: dos (2) de ellos solicitaron a la Corte declarar la exequibilidad condicionada y uno (1) no formuló ninguna solicitud concreta.

15. Exequibilidad condicionada. El Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas y la Corporación Transparencia por Colombia, solicitaron declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “sociedades”, en el entendido de que esta expresión cobija a todas las personas jurídicas con capacidad para contratar con el Estado. Sostuvieron que no extender dicha inhabilidad “a otro tipo de personas jurídicas que tienen capacidad para contratar con el Estado resulta ser violatorio del principio de igualdad, toda vez que existe un sinnúmero de personas jurídicas que participan en los procesos contractuales que convoca el Estado, situación que no solo se limita a las ‘sociedades’”. Asimismo, argumentaron que la exclusión permite que “se use esta brecha normativa por personas relacionadas con ilícitos, como vehículo para acceder a los recursos del Estado colombiano, y a su vez, poner en riesgo los principios de la administración pública”.

16. Intervención sin solicitud. El Ministerio de Justicia y del Derecho no formuló una solicitud de exequibilidad simple, condicionada o inexequibilidad. Únicamente presentó consideraciones generales sobre el problema jurídico. Sostuvo que “el asunto gira necesariamente alrededor de la cuestión sobre cuál o cuáles son los alcances normativos que han de atribuirse a la palabra ‘persona’ de la inhabilidad que en materia contractual

establece el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución Política”. En su criterio, es necesario determinar el alcance del término “persona” para poder establecer si la inhabilidad aplica “indiferentemente para todos los grupos de personas naturales o jurídicas existentes - incluso las personas jurídicas de derecho público nacional o internacional-; o aplican solo a las personas naturales; o solo a las personas jurídicas; o solo a cierto tipo de personas jurídicas”. En criterio del Ministerio, “será la honorable Corte Constitucional la que decida con efectos generales lo que en cada caso sea constitucionalmente válido, recordando que el margen de configuración legislativa en este caso aumenta en la medida que la redacción normativa de la disposición constitucional sea menos precisa y por su propia textura abierta permita múltiples interpretaciones”.

2. %1.2. Intervenciones frente a la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”

17. Seis (6) intervinientes presentaron solicitudes respecto de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”: cuatro (4) solicitaron a la Corte declarar su exequibilidad simple, uno (1) su inexecuibilidad y, otro, no formuló ninguna solicitud.

18. Exequibilidad. La Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Escuela Superior de Administración Pública, la Universidad Libre y el Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas, solicitaron a la Corte declarar la exequibilidad simple de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”. Lo anterior, con fundamento en tres argumentos:

18.1. El legislador “tiene un margen amplio para fijar el régimen de inhabilidades” en materia de contratación estatal. Al excluir a las sociedades anónimas abiertas de la inhabilidad por extensión prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, el legislador no excedió dicho margen.

18.2. La exclusión de las sociedades anónimas abiertas es razonable, “dada la naturaleza jurídica (...) y, particularmente, la manera como se transfiere la propiedad accionaria de las mismas (...)”. En particular, enfatizaron que en la sentencia C-353 de 2009, que resolvió una demanda similar y es un precedente aplicable, la Corte Constitucional resaltó que en las sociedades anónimas abiertas “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, sus acciones son libremente negociables en el mercado público de valores, “sin que los socios ni la sociedad anónima abierta puedan ejercer control sobre las condiciones personales de quienes adquieren las respectivas acciones”. Según los intervinientes, esto implica que 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”.

18.3. La exclusión permite a las sociedades anónimas “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”. En este sentido, “conlleva a la materialización de derechos como la libertad de empresa, el desarrollo económico, el bien común, [entre otros]” que, de no existir la excepción, se verían irrazonablemente restringidas con la extensión de la inhabilidad.

19. Inexequibilidad. La Corporación Transparencia por Colombia solicitó declarar la inexequibilidad de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”. Consideró que, actualmente, las sociedades anónimas abiertas cuentan con herramientas de debida diligencia “para conocer a las personas que adquieren sus acciones y efectuar control sobre las mismas”, por lo que el trato diferenciado es equívoco, no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general, es irrazonable y desproporcionado.

20. Intervención sin solicitud. El Ministerio de Justicia y del Derecho presentó consideraciones en relación con esta expresión, pero no formuló una solicitud específica. Resaltó “que el texto acusado responde a la decisión del Congreso de la República de evitar que los efectos de inhabilidad de las personas naturales que las administren, representen, controlen o hagan parte de juntas directivas de las sociedades abiertas afectara de forma irrazonable y desproporcionada a los derechos de muchos socios de la persona jurídica -sociedad abierta- no incurso o responsables o causantes de la inhabilidad”. En este sentido, concluyó que “se considera que lo pertinente es que la Honorable Corte Constitucional adopte la decisión que de forma autónoma e independiente considere que mejor proteja el principio de supremacía constitucional”.

21. La siguiente tabla sintetiza las solicitudes de los intervinientes.:

Interviniente

ACJ

Exequibilidad simple de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

ESAP

Solicitó que se declarara la exequibilidad de las expresiones acusadas.

CTC

Solicitó declarar la inexequibilidad de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” y la exequibilidad condicionada de la expresión “sociedades”, “en el entendido que [la inhabilidad] abarca a todas las personas jurídicas y estructuras sin personería jurídica de derecho privado con capacidad para contratar”.

Universidad

Libre

Exequibilidad simple de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

CCAA

Exequibilidad simple de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” y condicionada de la expresión “sociedades”, en el entendido de que esta se refiere a “todo tipo de personas jurídicas con capacidad de ejercicio, esto es, gozar de idoneidad para obligarse por sí misma”.

Ministerio de Justicia y del Derecho

No formuló solicitud. Instó a la Corte a que “adopte de forma autónoma e independiente la decisión que considere que mejor proteja el principio de supremacía constitucional sobre la materia”.

5. Concepto del Ministerio Público

22. El 16 de junio de 2023, el viceprocurador general de la Nación presentó concepto. En su criterio, las expresiones “sociedades” y “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” excluyen como sujetos pasivos de la inhabilidad a las personas jurídicas que no son sociedades y a las sociedades anónimas abiertas, lo cual contraría los artículos 13 y 122 (inc.5º) de la Constitución. Lo anterior, por tres razones.

23. Primero. El artículo 122 (inc.5º) de la Constitución “establece una prohibición general para que los individuos condenados por delitos contra el patrimonio público puedan contratar con el Estado, ya sea directamente o a través de una persona jurídica, sin excepción referente a la tipología de organización social a la que podría acudir el individuo”. Por esta razón, “salvo que exista otra disposición constitucional cuya optimización imponga introducir una excepción concreta, no sería razonable que en la ordenación de las inhabilidades el legislador establezca tratos disímiles entre personas jurídicas que tienen capacidad para celebrar negocios con la administración”.

24. Segundo. No existe “una razón suficiente para que el legislador establezca un trato diferencial” entre “las sociedades anónimas abiertas y las otras tipologías de sociedades comerciales”, de un lado, y las sociedades comerciales y “las demás personas jurídicas existentes”, de otro. La inhabilidad por extensión tiene como finalidad “evitar que, ante la imposibilidad de contratar de manera directa con el Estado, los sujetos condenados por delitos contra el erario pretendan acudir al ejercicio de su derecho de asociación y, por esa vía, utilizar la posición privilegiada que puedan tener como directivos o socios controlantes de una organización para celebrar negocios jurídicos con la administración”. La diferenciación prevista en la norma “fundada en la tipología de organización que pueda utilizar el sujeto para contratar con el Estado (...) carece de idoneidad para cumplir la mencionada finalidad, ya que no sólo las sociedades comerciales, sino cualquier persona jurídica, se encuentra habilitada para celebrar negocios jurídicos con la administración de conformidad con el artículo 6º de la Ley 80 de 1993”.

25. Tercero. La aplicación de la inhabilidad por extensión a las sociedades abiertas, así como a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, no implicaría una “carga irrazonable” en cabeza de sus socios e integrantes. Lo anterior, habida cuenta de que establece una “prohibición que

afecta principalmente el ámbito de acción de las libertades económicas” y no conlleva “prima facie limitaciones de otras prerrogativas fundamentales.

26. En este sentido, el Ministerio Público solicitó a la Corte declarar (i) la inexecutable de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” y (ii) la “executable condicionada de la palabra ‘sociedades’, en el entendido que abarca a todas las personas jurídicas con capacidad para contratar con el Estado”.

. CONSIDERACIONES

1. 1. Competencia

27. La Corte Constitucional es competente para adelantar el control de constitucionalidad de la presente demanda, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución.

28. La Sala Plena seguirá la siguiente metodología para resolver la presente demanda de inconstitucionalidad. En primer lugar, como cuestión previa, examinará si se configura la cosa juzgada constitucional en relación con lo decidido por la Corte en las sentencias C-353 de 2009, C-630 de 2012 y C-053 de 2021 (sección II.3 infra). En segundo lugar, evaluará si las expresiones demandadas vulneran los artículos 13 y 122 (inc.5º) de la Constitución. En esta sección, la Sala Plena formulará el problema jurídico de fondo, fijará la metodología de decisión y resolverá el caso concreto (sección II.4 infra).

3. Cuestión previa: cosa juzgada constitucional

29. La Sala Plena debe examinar si existe cosa juzgada constitucional en relación con lo decidido por la Corte en la sentencia C-353 de 2009, C-630 de 2012 y C-053 de 2021. Lo anterior, porque en estas decisiones la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de algunos apartes normativos del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993.

30. El artículo 243 de la Constitución Política prevé que “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. La cosa juzgada constitucional es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones judiciales el carácter de “inmutables, vinculantes y definitivas”. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, son requisitos de la cosa juzgada (i) la identidad de objeto o

“contenido normativo”, (ii) la identidad de cargos y (iii) la identidad del parámetro de control de constitucionalidad. Estos elementos son, en conjunto, condiciones necesarias y suficientes para declarar la cosa juzgada.

31. El principal efecto de la cosa juzgada de las sentencias de constitucionalidad es la prohibición e imposibilidad de que la Corte pueda volver a conocer y decidir de fondo sobre un tema ya resuelto. La Corte Constitucional ha precisado, sin embargo, que los efectos de cosa juzgada varían dependiendo de si la norma demandada fue declarada exequible o inexecutable. En el primer escenario -execuibilidad-, en principio la Corte deberá estarse a lo resuelto en la providencia anterior “para garantizar la seguridad jurídica de sus decisiones”. Lo anterior, salvo que se constate alguna de las excepciones que enervan la cosa juzgada y que permiten adelantar un nuevo estudio de fondo. En el segundo supuesto -inexecutable-, la Corte también deberá estarse a lo resuelto, pero en este caso la cosa juzgada es absoluta y no admite excepciones, dado que la declaratoria de inexecutable retira la norma demandada del ordenamiento jurídico.

32. La Sala Plena considera que no existe cosa juzgada constitucional en relación con lo decidido en las sentencias C-353 de 2009, C-630 de 2012 y C-053 de 2021, por las siguientes razones:

33. Primero. No existe identidad de objeto frente a lo decidido por la Corte en la sentencia C-353 de 2009. En la sentencia C-353 de 2009 la Corte examinó una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 18 de la Ley 1150 de 2007-que adicionó el literal j) al artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993-. Esta norma disponía que: “[l]as 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” (resaltado fuera del texto). El demandante sostenía que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas vulneraba el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución, porque permitía “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”.

34. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad simple de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”. Resaltó que en las sociedades anónimas abiertas “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”. Asimismo, enfatizó que sus acciones “pueden ser comercializadas libremente en el mercado público de valores, sin que los socios ni la sociedad anónima abierta puedan ejercer control sobre las condiciones personales de quienes adquieren las respectivas acciones”. En este sentido, concluyó que, “teniendo en cuenta el diseño jurídico de las sociedades anónimas abiertas”, la excepción prevista en la norma demandada no contrariaba el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución. 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”.

35. La Corte Constitucional ha señalado que no existe identidad de objeto en aquellos casos en los que en decisiones anteriores se han examinado expresiones idénticas, pero que formaban parte de “contextos normativos distintos” y normas que “contienen elementos diferenciales que podrían tener relevancia en el juicio de constitucionalidad”. En criterio de la Sala Plena, esto es lo que ocurre en este caso. En efecto, el demandante acusa la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”, prevista en el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, que modificó el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. Esta expresión exceptúa a las sociedades anónimas abiertas de la inhabilidad por extensión. La expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”, también fue examinada en la sentencia C-353 de 2009. Sin embargo, no existe identidad de objeto porque, tal y como se muestra en la siguiente tabla, la expresión demandada (i) forma parte de un contexto normativo distinto y (ii) la inhabilidad por extensión que el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 contiene elementos diferenciales que implican que su alcance y efecto son diferentes.

Normas objeto de control

Art. 18 de la Ley 1150 de 2007

(C-353 de 2009)

Art. 2 de la Ley 2014 de 2019

(norma demandada)

“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”.

“Artículo 2. Inhabilidad para contratar. Modifíquese el literal j) del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

(...)

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del

grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

36. La tabla comparativa evidencia que la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” forma parte de un contexto normativo distinto fundamentalmente porque la inhabilidad por extensión que el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 prevé, contiene elementos diferenciales frente a aquella que dispuso el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007. En particular, la Sala resalta tres diferencias fundamentales en relación con (i) las conductas que dan lugar a la inhabilidad, (ii) las personas jurídicas a las que se extiende la inhabilidad y (iii) el rol que el inhabilitado directo (personas naturales condenadas) deben tener en la sociedad para que la inhabilidad se extienda.

36.1. El artículo 18 de la Ley 1150 dispuso que estarán inhabilitadas para contratar 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”. En contraste, el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 dispone que estarán inhabilitados para contratar las personas naturales que hayan incurrido en alguna de las siguientes tres conductas: (i) delitos contra la Administración pública, (ii) los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o (iii) cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia. Asimismo, el inciso 2º dispone que la “inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria”.

36.2. El artículo 18 de la Ley 1150 dispuso que la inhabilidad se extenderá a las sociedades. En contraste, el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 prevé que la inhabilidad se extenderá a (i) las sociedades, (ii) a sus matrices y a sus subordinadas, (iii) a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y (iv) a las sucursales de sociedades extranjeras.

36.3. El artículo 18 dispuso que la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que sean “socias” las personas naturales condenadas. En contraste, el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 prescribe que la inhabilidad sólo se extenderá cuando las personas naturales

condenadas formen parte de las sociedades, matrices, subordinadas etc., en calidad de “administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes”.

37. Por otra parte, la Sala advierte que, si bien la inhabilidad originalmente incorporada en la Ley 1150 de 2007 también buscaba combatir la corrupción, lo cierto es que, para ese momento, el concepto de corrupción privada era apenas naciente. Fue sólo con la expedición de la Ley 1474 de 2011 que la intención del legislador de emprender acciones tendentes a combatir los actos de corrupción originados en el sector privado se materializó mediante una regulación sistemática y estructurada. En criterio de la Sala, las diferencias en algunos de los elementos definitorios de la inhabilidad descritos en la tabla supra, así como la evolución y consolidación del concepto de corrupción privada, son determinantes para establecer el contenido y efectos normativos de la norma objeto de control. En este sentido, conforme a la jurisprudencia constitucional, no existe identidad de objeto y, por lo tanto, no se configura cosa juzgada constitucional en relación con la sentencia C-353 de 2009.

38. Segundo. En las sentencias C-630 de 2012 y C-053 de 2021, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de contenidos normativos distintos del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, a aquellos que son demandados en este caso. De un lado, en la sentencia C-630 de 2012, la Corte examinó el inciso 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 1474 de 2011, el cual disponía que “[l]a inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años”. En esta decisión, la Corte no se refirió a las expresiones “sociedades” y “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”. Por su parte, en la sentencia C-053 de 2021 examinó la constitucionalidad del inciso 2º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, el cual dispone que “[e]sta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria”. La Corte Constitucional no se pronunció sobre la exclusión de las sociedades anónimas abiertas y de las personas jurídicas distintas a las sociedades.

39. Con fundamento en estas consideraciones, la Sala Plena concluye que no se configura cosa juzgada constitucional en relación con las sentencias C-353 de 2009, C-630 de 2012 y C-053 de 2021, puesto que no existe identidad de objeto.

4. Examen de constitucionalidad de la norma demandada

40. Problema jurídico. La Corte debe resolver el siguiente problema jurídico:

¿Las expresiones demandadas de los incisos 3º y 5º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, vulneran los artículos 13 y 122 (inc.5º) de la Constitución al excluir como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión a (i) las personas o entidades jurídicas sin ánimo de lucro (ESAL), así como (ii) las sociedades anónimas abiertas?

41. Metodología de decisión. Para resolver el problema jurídico, la Sala Plena, en primer lugar, reiterará su jurisprudencia en relación con el régimen constitucional y legal de las inhabilidades en materia de contratación estatal. En esta sección, la Sala hará especial énfasis en la inhabilidad para contratar prevista en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución, así como en el alcance y límite de la competencia del legislador para regular las inhabilidades (sección 4.1 infra). En segundo lugar, la Sala se referirá al régimen legal, así como a los órganos de dirección y administración, de las sociedades anónimas abiertas y las personas jurídicas sin ánimo de lucro. Asimismo, la Sala describirá el alcance de la capacidad para contratar con el Estado de estas personas jurídicas y describirá las inhabilidades que, conforme a la ley, les son aplicables (sección 4.2 infra). En tercer lugar, con fundamento en tales consideraciones, la Sala resolverá el cargo y adoptará los remedios que correspondan (sección 4.3 infra).

4.1. Las inhabilidades en materia de contratación estatal. Reiteración de jurisprudencia

i. (i) El régimen de inhabilidades para contratar con el Estado

42. Las inhabilidades en materia contractual son restricciones a la capacidad de las personas para contratar con el Estado que operan como “requisitos negativos” para celebrar contratos públicos. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, estas inhabilidades persiguen al menos cuatro finalidades específicas, que derivan, entre otros, del artículo 209 de la Constitución: (i) fijar “la capacidad jurídica de determinadas personas para ser sujeto de la relación contractual”; (ii) “materializar los principios de la función administrativa” en el marco de los contratos públicos; (iii) garantizar “la selección de los contratistas en condiciones objetivas”; y, por último, (iv) asegurar “la celebración y ejecución del

instrumento contractual”.

43. La Corte Constitucional ha identificado dos tipos de inhabilidades en materia contractual, a saber: sancionatorias y no sancionatorias –inhabilidades requisito–:

43.1. Inhabilidades sancionatorias. Este grupo de inhabilidades tiene origen en la “imposición de una condena o de una sanción”, bien sea “en procesos de responsabilidad política, penal, disciplinaria, contravencional o correccional”. En otras palabras, están “relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado”, en cualquiera de sus formas. Esto, por cuanto, una vez “cometida la conducta que la ley considera reprochable”, el Estado “impone la sanción correspondiente y adiciona una inhabilidad que impide al sancionado ejercer determinada actividad”.

43.2. Inhabilidades requisito. Este tipo de inhabilidades están relacionadas con “la protección de principios”, como son la lealtad empresarial, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia y la transparencia. En tal sentido, no tienen relación con el poder sancionatorio del Estado y, por lo tanto, no requieren de “un juicio punitivo previo” y su creación no vulnera, prima facie, “los derechos de defensa, debido proceso, igualdad y trabajo”. Estas inhabilidades son preventivas pues constituyen “una medida de protección del interés general”.

43.3. Otras clasificaciones. La Corte ha clasificado las referidas inhabilidades sancionatorias y no sancionatorias así: (i) generales o específicas, dado que pueden “opera[r] para toda clase de servidores públicos” o respecto de “determinada rama del poder, entidad, o cargo”; (ii) permanentes o temporales, según “tengan o no un término máximo de duración” y, por último, (iii) previas o sobrevinientes, de acuerdo al “momento en que se produzcan”.

44. Las causales de inhabilidad para contratar con el Estado están previstas en la Constitución y en la ley. De un lado, los artículos 122 (inc.5º), 126 y 179 de la Constitución prevén causales de inhabilidad para ejercer funciones públicas y contratar con el Estado. De otro lado, el artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 es la norma general que sistematiza las causales de inhabilidad generales para contratar con el Estado. Por su parte, otras normas de rango legal prevén causales de inhabilidad especiales aplicables a ciertos tipos de contratos.

45. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han reiterado que las causales de inhabilidad para contratar con el Estado son taxativas y de interpretación restrictiva, debido

a que limitan, entre otros, la libertad contractual, el derecho a la personalidad jurídica y el derecho al trabajo. Lo primero -taxativas- porque sólo constituyen causales de inhabilidad aquellas expresamente tipificadas en la Constitución y la ley. El legislador tiene la obligación de delimitar las causales de forma clara, con estricta sujeción al principio de legalidad. Lo segundo -interpretación restrictiva-, puesto que, habida cuenta de la limitación que implican para el goce y ejercicio de derechos fundamentales, deben “interpretarse de forma estricta, y (...) está prohibida cualquier aplicación analógica o extensiva”.

() La causal de inhabilidad prevista en el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución

46. El inciso 5º del artículo 122 de la Constitución, modificado por los actos legislativos 01 de 2004 y 01 de 2009, prevé una causal de inhabilidad para contratar con el Estado. Al respecto, dispone que no podrán “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 (...)”. La incorporación de esta inhabilidad persiguió tres finalidades. En primer lugar, 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”. En segundo lugar, 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”. En tercer lugar, impedir que la inhabilidad fuera burlada por el inhabilitado directo por medio de la contratación con el Estado a través de “terceras personas”. Por esta razón, el constituyente dispuso que el sujeto condenado por delitos contra el patrimonio público no podrá celebrar contratos con el Estado personalmente o por “interpuesta persona”.

47. La Corte Constitucional ha enfatizado que la inhabilidad prevista en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución es una inhabilidad “intemporal”, “permanente” o “vitalicia”, lo que implica que “el transcurso de los días no habrá de incidir en el levantamiento o eliminación de la misma”. Habida cuenta de la importancia de los bienes públicos que protege -la moralidad e integridad pública-, “es voluntad del Constituyente no admitir límites de extensión de las inhabilidades del artículo 122 superior ni condiciones de rehabilitación de quien se haya hecho acreedor a ellas”.

() La competencia del legislador para fijar el régimen de inhabilidades en materia contractual

48. La Constitución Política confiere al legislador competencia para fijar el régimen de inhabilidades. En efecto, los numerales 23 y 25 del artículo 150 de la Constitución disponen que es función del Congreso “[e]xpedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos, así como ‘expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional’”. Con fundamento en estas disposiciones, la Corte Constitucional ha reiterado que es competencia del legislador regular la función pública y la capacidad para contratar con el Estado “establecer los requisitos, exigencias, condiciones o calidades que deben reunir las personas que aspiran a ejercerla, así como el régimen disciplinario y el de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones a que ellas están sujetas”.

50. La competencia del legislador para definir el régimen de inhabilidades, en materia contractual, sin embargo, no es absoluta. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el legislador debe respetar (i) los “límites constitucionales expresos” que se derivan de la regulación de las inhabilidades que fija la Constitución Política directamente; y (ii) los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

50.1. Límites constitucionales expresos. El alcance concreto de la potestad de configuración del legislador para regular las inhabilidades “dependerá de la precisión con la que la Constitución haya regulado” el supuesto de la inhabilidad. Existen inhabilidades que, “al haber sido determinadas de forma directa por la Constitución, no pueden ser modificadas por el legislador”, bien sea “para ampliarlas [o] reducirlas en sus componentes y sus efectos” (vgr. vigencia y sujetos pasivos). Las inhabilidades sólo pueden “ser establecidas o ampliadas por el legislador”, bien “por disposición expresa del constituyente o en virtud de la cláusula general de regulación de la función pública”, siempre que “no modifique las inhabilidades previstas en [la Constitución], o establezca otras que les sean contrarias”.

50.2. Razonabilidad y proporcionalidad. Las inhabilidades no pueden desconocer los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Esto implica, de un lado, que las finalidades que con ellas se persiguen deben ser ponderadas y armonizadas con otros principios constitucionales. De otro, que no deben implicar un sacrificio exagerado del “derecho de igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el

Estado”. La razonabilidad y proporcionalidad de la inhabilidad, así como las restricciones que supongan al ejercicio de otros derechos, deben ser examinadas a partir del test de proporcionalidad, o juicio integrado de igualdad de la intensidad que corresponda, conforme a los criterios desarrollados por la Corte Constitucional.

51. La siguiente tabla sintetiza las reglas constitucionales sobre el régimen de inhabilidades para contratar con el Estado, así como el alcance de la causal de inhabilidad prevista en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución.

Inhabilidades en materia contractual

1. 1. Las inhabilidades en materia contractual son restricciones a la capacidad de las personas para contratar con el Estado que operan como requisitos negativos para celebrar contratos públicos. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, existen principalmente dos tipos de inhabilidades para contratar con el Estado (i) sancionatorias y (ii) no sancionatorias (inhabilidades requisito).

2. 2. Las causales de inhabilidad para contratar con el Estado están previstas en la Constitución, la Ley 80 de 1993 y otras normas especiales. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han reiterado que las causales de inhabilidad son taxativas y de interpretación restrictiva.

3. 3. El artículo 122 (inc.5º) de la Constitución prevé una inhabilidad conforme a la cual no podrán “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 (...)”. Esta inhabilidad es intemporal y tiene por finalidad fortalecer y hacer más eficaz la lucha contra la corrupción, así como 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. La imposibilidad de contratar con el Estado por “interpuesta persona” busca evitar que la inhabilidad sea burlada por el inhabilitado directo por medio de la contratación con el Estado a través de terceros.

4. 4. La Constitución Política otorga al legislador amplia libertad de configuración para fijar inhabilidades. Esta libertad comprende la potestad de determinar las conductas que dan

lugar a la inhabilidad, así como los sujetos pasivos. Este margen de configuración, sin embargo, no es absoluto. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el legislador debe respetar (i) los límites constitucionales expresos que se derivan de la regulación de las inhabilidades que fija la Constitución Política y (ii) los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

4.2. Régimen legal, capacidad para contratar e inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas y las entidades jurídicas sin ánimo de lucro (ESAL)

52. El artículo 6º de la Ley 80 de 1993 dispone que pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas naturales y jurídicas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. El artículo 633 del Código Civil define las personas jurídicas como las “persona[s] ficticia[s], capa[ces] de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada[s] judicial y extrajudicialmente”. Las personas jurídicas pueden ser clasificadas conforme a su naturaleza, en personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de naturaleza privada. Asimismo, de acuerdo con sus finalidades y la destinación de sus utilidades, pueden ser clasificadas en, principalmente: (i) sociedades y (ii) personas o entidades jurídicas sin ánimo de lucro (ESAL).

53. En atención al objeto de la demanda, a continuación, la Sala Plena se referirá al régimen legal, a la capacidad para contratar, y a las inhabilidades de las sociedades, las sociedades anónimas abiertas y las ESAL.

4.2.1. Las sociedades. Régimen legal, órganos de dirección y administración, situación de control y grupos empresariales

i. (i) Régimen legal, órganos de administración y tipología

54. El artículo 98 del Código de Comercio define el contrato de sociedad como aquél en el que “dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”. Son elementos esenciales del contrato de sociedad (i) la pluralidad de socios o accionistas, (ii) los aportes de los socios y accionistas, los cuales forman un fondo común; (iii) la finalidad lucrativa expresada en la participación efectiva en las utilidades y, por último, (iv) que el concurso de las voluntades esté dirigido a la “realización efectiva de

una empresa de explotación económica”.

55. En términos generales, las sociedades desarrollan su objeto social por medio de los órganos sociales de dirección y administración. Los órganos de dirección son la Asamblea de Accionistas o la Junta de Socios, por medio de los cuales se expresa el querer social. A estos órganos, les compete decidir sobre los “actos de gobierno” o “actos de empresa”, esto es, aquellas decisiones de mayor trascendencia para el desarrollo del objeto social (reformas estatutarias, elección de administradores, fijación de directrices económicas etc.). La ley no define qué se entiende por administradores o por función de administración, sólo se limita a enumerar las personas que ostentan tal calidad. Así, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 dispone que son administradores “el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”. Por su parte, el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 dispone que son administradores de hecho “las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores”. Con todo, la Superintendencia de Sociedades ha señalado que, en términos generales, son administradores las personas que tienen a cargo “la gestión de los asuntos sociales”.

56. De acuerdo con la legislación comercial, existen principalmente cinco tipos de sociedad: la sociedad colectiva, la sociedad en comandita (simple o por acciones), la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima (cerrada y abierta) y la sociedad por acciones simplificada (SAS). Estos tipos societarios se diferencian en función de, entre otros, su régimen de constitución, el funcionamiento de sus órganos sociales, el régimen de los socios o accionistas, la conformación del capital y las causales de disolución.

() Situación de control, subordinación societaria y grupos empresariales

57. Situación de control y subordinación societaria. El artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, dispone que una sociedad “será subordinada o controlada” cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante. Cuando dicho control se ejerce de forma directa, la sociedad controlada se denomina filial; cuando el control se ejerce a

través de otras subordinadas, la controlada se denomina subsidiaria. El control puede ser individual o conjunto: (i) es individual cuando la situación de control es ejercida de manera individual por parte de una persona natural o jurídica, quien se denomina socio o accionante controlante; y (ii) conjunto, cuando es ejercida por parte de una pluralidad de personas.

58. El artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, establece tres presunciones de subordinación o control. Al respecto, dispone que “será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos”:

58.1. Mas del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenece a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, “no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto”.

58.2. La matriz y las subordinadas tienen “conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva, si la hubiere”.

58.3. La matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, “ ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad”.

59. Grupo empresarial. El artículo 28 de la Ley 222 de 1995 señala que “[h]abrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección”. Asimismo, dispone que “[s]e entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas”.

4.2.2. Las sociedades anónimas abiertas. Definición, capacidad para contratar con el Estado y régimen de inhabilidades

i. (i) Las sociedades anónimas. Definición y tipos

60. Las sociedades anónimas. De acuerdo con el artículo 373 del Código de Comercio, las

sociedades anónimas son un tipo societario con tres características esenciales. Primero, son sociedades de capital que se constituyen por “la reunión de un fondo social” suministrado por cinco o más accionistas. El capital se divide en acciones de igual valor que se representan en títulos libremente negociables. Segundo, la responsabilidad de sus accionistas está limitada al monto de sus aportes. Tercero, la administración de los negocios sociales se lleva a cabo por gestores temporales y revocables.

61. Los órganos sociales de las sociedades anónimas son la asamblea general de accionistas y los órganos de administración. La asamblea general está conformada por los accionistas, quienes se reúnen con el quórum y en las condiciones previstas en la ley y los estatutos. La asamblea general es el máximo órgano de dirección de la sociedad anónima, lo que implica que a través de ella se expresa el querer social y le corresponde tomar las decisiones o actos de gobierno de mayor trascendencia. Por otro lado, los principales órganos de administración de las sociedades anónimas abiertas son la junta directiva y el representante legal. La junta directiva está integrada por no menos de tres miembros y sus suplentes, los cuales son elegidos por la asamblea general. Las funciones y atribuciones de la junta directiva serán aquellas previstas en los estatutos. El artículo 440 del Código de Comercio dispone que la sociedad anónima “tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta directiva para períodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo”. Las facultades del representante legal serán aquellas dispuestas en los estatutos.

62. Tipos de sociedades anónimas (cerradas y abiertas). Existen dos tipos de sociedades anónimas: las cerradas y las abiertas. Esta clasificación responde a la forma en que se negocian las acciones. Las sociedades anónimas cerradas son aquellas que no negocian sus acciones en el mercado público de valores. En este tipo de sociedades, los accionistas están facultados para pactar el derecho de preferencia tanto en la suscripción o colocación como en la negociación de las acciones, el cual otorga a la sociedad y/o a sus accionistas la facultad de adquirir las acciones que sean puestas en venta por la sociedad (suscripción) o por cualquiera de sus propietarios o titulares (negociación). Este pacto tiene por finalidad evitar, en la medida de lo posible, que las acciones “sean adquiridas por extraños”. Si no se pacta el derecho de preferencia en el contrato de sociedad, las acciones serán libremente negociables y cualquier persona podrá ser accionista.

64. En las sociedades anónimas abiertas, los accionistas no están facultados para pactar el derecho de preferencia en la negociación de sus acciones. Esto, porque, con excepción de las operaciones sujetas a las reglas de las Ofertas Públicas de Adquisición (OPA), en el mercado público de valores la compra de acciones se lleva a cabo mediante “operaciones inmediatas y pagaderas al momento mismo de la negociación”. Esto implica que “cualquier persona” puede ser accionista de estas sociedades y, por regla general, ninguno de ellos tiene la posibilidad de “controlar el ingreso de nuevos [accionistas] y sus calidades personales”, pues estos ingresan en razón a la “capacidad económica y voluntad del inversionista”. No obstante, los accionistas de las sociedades anónimas abiertas pueden pactar el derecho de preferencia en la suscripción o colocación de nuevas acciones.

65. La Corte Constitucional ha enfatizado que las sociedades anónimas abiertas “realizan una actividad que depende de la confianza pública y que exige condiciones de seguridad para los recursos captados del público y el ahorro de terceros”. Por esta razón, el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución dispone que corresponde al Congreso “regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público”. En atención a las actividades que desarrollan, las sociedades anónimas abiertas tienen una especial responsabilidad social. Por esta razón, la Ley les impone a los administradores de estas sociedades tener condiciones y calidades especiales, que garanticen seguridad en el manejo de “los recursos captados del público y el ahorro de terceros, en aras de preservar el interés público”. Por ejemplo, las sociedades de este tipo que se encuentren sometidas a inspección y vigilancia permanente por la Superintendencia Financiera, así como las personas que gerencien o administren fondos de valores y de inversión, “deberán acreditar ante esta que gozan de buena reputación moral y profesional”. En similar sentido, los miembros de junta directiva de las sociedades de este tipo que administren fondos de pensiones o sean emisores de valores, deberán tener “calidades personales, idoneidad, trayectoria, integridad y experiencia”.

66. Por su parte, la Ley 964 de 2005 impone a las sociedades anónimas abiertas diversas pautas de organización societaria o principios de gobierno corporativo, los cuales “rigen las relaciones existentes entre los administradores sociales, incluida la junta directiva, los accionistas y los terceros que tengan interés frente a la sociedad”. Estas pautas incluyen, entre otras, (i) la presencia de directores independientes, (ii) la existencia de comités de

auditoría y (iii) normas sobre responsabilidad de representantes legales.

67. Subordinación y control de las sociedades anónimas abiertas. Las sociedades anónimas abiertas, como cualquier otra sociedad, pueden ser subordinadas o matrices de otras sociedades, socias controlantes y formar parte de grupos empresariales. En este sentido, la definición de control y subordinación y los supuestos de presunción, previstos en la Ley 222 de 1995, les son plenamente aplicables. Al respecto, la Sala Plena resalta que el Decreto 679 de 1994, el cual definía a las sociedades anónimas abiertas como aquellas que tuvieran más de 300 accionistas y en las que ninguna persona fuera titular de más de treinta por ciento (30%) de las acciones en circulación, ya no está vigente. Este decreto fue derogado por el Decreto 734 de 2012, el cual a su vez fue derogado por el Decreto 1510 de 2013 -compilado en el Decreto 1082 de 2015-. El Decreto 1510 de 2013 no exige que las sociedades anónimas abiertas tengan mínimo 300 accionistas y tampoco prohíbe que alguno de sus accionistas sea titular de más del 30% de las acciones.

68. Las ofertas públicas de adquisición (OPA). Las acciones de las sociedades anónimas abiertas son, por regla general, libremente negociables en el mercado público de valores. Sin embargo, el Decreto 2555 de 2010 prevé supuestos en los cuales es obligatorio adquirir las acciones a través de una oferta pública de adquisición (OPA). Al respecto, dispone que una persona o grupo de personas “sólo podrá convertirse en beneficiario real de una participación igual o superior al veinticinco por ciento (25%) del capital con derecho a voto de una sociedad cuyas acciones se encuentren inscritas en bolsa de valores, adquiriendo los valores con las cuales se llegue a dicho porcentaje a través de una oferta pública de adquisición”. Asimismo, prevé que toda persona o grupo de personas que sea beneficiario real de una participación igual o superior al veinticinco por ciento (25%) del capital con derecho a voto de la sociedad, “sólo podrá incrementar dicha participación en un porcentaje superior al cinco por ciento (5%), a través de una oferta pública de adquisición conforme a lo establecido en el presente decreto”.

69. El Decreto 2555 de 2010 regula el procedimiento y los requisitos de las OPA. En particular, la Sala resalta que exige que (i) de forma previa a la realización de la oferta pública de adquisición, el oferente solicite la autorización de la operación a la Superintendencia Financiera de Colombia, (ii) luego, el oferente deberá dirigir la OPA a todos los titulares de valores o accionistas y (iii) el oferente debe publicar el aviso de oferta pública

de adquisición por lo menos tres (3) veces, con intervalos no mayores de cinco (5) días comunes, “en forma destacada en las páginas económicas de un diario de amplia circulación nacional”.

70. La Superintendencia Financiera ha resaltado que las reglas sobre OPA “están encaminadas a suministrar información suficiente y mecanismos de protección a los inversionistas dentro de los procesos de adquisición y concentración surtidos en las sociedades por acciones inscritas en bolsa de valores”. Lo anterior, con el propósito de “proteger a los accionistas minoritarios en las sociedades que se encuentran inscritas en bolsa de valores frente a los cambios de control que ocurran, mediante la obligación de que dichos cambios solamente se puedan efectuar a través de una oferta pública de adquisición”.

() Capacidad para contratar con el Estado y régimen de inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas

71. Conforme a los artículos 6º y 8.2 de la Ley 80 de 1993, las sociedades anónimas abiertas, como cualquier otra sociedad, tienen plena capacidad para contratar con el Estado. Sin embargo, la “ley les ha dispensado un tratamient[o] diverso” en materia de inhabilidades. En efecto, el legislador dispuso expresamente que no son aplicables a las sociedades anónimas abiertas las causales de inhabilidad previstas en, entre otras, los literales h), j) del artículo 8.1, así como el literal d) del artículo 8.2 de la Ley 80 de 1993. La Corte Constitucional ha sostenido que, en términos generales, el trato diferenciado de las sociedades anónimas abiertas en materia de inhabilidades responde a su naturaleza jurídica y, en concreto, (i) la forma como se transfiere la propiedad accionaria y (ii) la relativa falta de control de las sociedades y sus miembros respecto del ingreso de nuevos accionistas. Por su similitud con el caso concreto, la Sala resalta las sentencias C-353 de 2009 y C-257 de 2013:

72. Sentencia C-353 de 2009. La Corte Constitucional examinó una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 18 (parcial) de la Ley 1150 de 2007-que adicionó el literal j) al artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993-. Esta norma disponía que están inhabilitadas para contratar con el Estado “[l]as 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”. El demandante argumentó que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas vulneraba el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución, porque permitía “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”.

73. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad simple de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”. Resaltó que en las sociedades anónimas abiertas “el interés personal de cada uno de los accionistas se diluye debido a la participación masiva de [accionistas], 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”. Asimismo, enfatizó que sus acciones “pueden ser comercializadas libremente en el mercado público de valores, sin que los [accionistas] ni la sociedad anónima abierta puedan ejercer control sobre las condiciones personales de quienes adquieren las respectivas acciones”. En este sentido, encontró que, “teniendo en cuenta el diseño jurídico de las sociedades anónimas abiertas”, la excepción prevista en la norma demandada no contrariaba el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución. 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”. En este sentido, concluyó que la excepción resultaba razonable, en la medida en que permitía la “defensa de la libertad empresa (C. Po. Art. 333), procurando un desempeño económico eficiente, competitivo y transparente de estas sociedades”.

74. Sentencia C-257 de 2013. La Corte Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 1474 de 2011, que adicionó el literal f) al artículo 8.2 de la Ley 80 de 1993. Este artículo dispone que no pueden contratar con el Estado “[d]irecta o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios” (subrayado fuera del texto).

75. El demandante sostuvo que la norma demandada vulneraba el derecho a la personalidad

jurídica, pues la inhabilidad cobijaba a todas las “sociedades” de las que fuera parte el servidor público, incluidas las sociedades anónimas “abiertas”. En su criterio, esto era excesivo puesto que “podría afectar a empresas que hayan realizado ofertas públicas de acciones a partir de las cuales servidores públicos se conviertan en accionistas”. Además, resultaba “desproporcionado, pues no tiene en cuenta los casos en los que por tratarse de sociedades anónimas abiertas la persona jurídica no tienen ninguna posibilidad de control o vigilancia sobre la actividad de todos sus accionistas y puede resultar afectada por la actividad de solo uno de ellos, sin importar el porcentaje de participación”.

76. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 4º de la Ley 1474 de 2011. Sin embargo, en la parte motiva hizo dos precisiones en relación con el “alcance material de la disposición”, que son relevantes para el presente caso. En primer lugar, aclaró que la inhabilidad “no aplica respecto de aquellos tipos societarios en donde la forma de vinculación de los [accionistas] hace imposible un control directo y efectivo sobre su ingreso y sobre las calidades personales de los mismos”. En particular, resaltó que “tratándose de sociedades anónimas por acciones, dadas sus características esenciales, la restricción no podría aplicarse, pues en estos casos no existe posibilidad de control sobre los accionistas que puedan acceder a la compra de acciones, y que lo pueden hacer con plena libertad, incluso en el mercado bursátil abierto, en razón de la capacidad económica y voluntad del inversionista y no por sus condiciones personales y de manera particular por su condición de ex servidor público”. En segundo lugar, enfatizó que, en todo caso, “esta hipótesis es distinta (...) a la del exservidor público que tiene la condición de directivo o representante legal de este tipo de sociedades y pretende en nombre de aquella contratar con la entidad a la cual estuvo vinculado y cuyo objeto tenga relación con las funciones públicas que desempeñó”.

77. La siguiente tabla sintetiza las reglas relevantes sobre el régimen legal, capacidad para contratar y tratamiento en materia de inhabilidades de las sociedades anónimas abiertas:

Las sociedades anónimas abiertas: régimen legal, capacidad para contratar con el Estado e inhabilidades

1. 1. Conforme a la ley y la jurisprudencia constitucional, las sociedades anónimas abiertas son aquellas que se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores y sus acciones se negocian libremente en el mercado público de valores.

2. 2. La Ley 964 de 2005 distingue dos tipos de sociedades que participan en el mercado público de valores: las sociedades inscritas y los emisores de valores. Las sociedades inscritas son las sociedades anónimas que tengan acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores. Los emisores de valores son aquellas que colocan derechos negociables diferentes a las acciones en el mercado público de valores.

3. 3. Las sociedades anónimas abiertas realizan una actividad que depende de la confianza pública y que exige condiciones de seguridad para los recursos captados del público y el ahorro de terceros. Por esta razón, el literal d del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución impone al Congreso la obligación de regular sus actividades y las somete a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera. Asimismo, la ley (i) les exige acreditar que sus administradores gozan de buena reputación moral y profesional, (ii) les impone la obligación de asegurar que los miembros de junta directiva de las sociedades de este tipo que administren fondos de pensiones o sean emisores de valores, deberán tener “calidades personales, idoneidad, trayectoria, integridad y experiencia”; y (iii) les asigna diversas obligaciones en materia de gobierno corporativo, las cuales tienen por objeto preservar el interés general y proteger los recursos del público.

4. 4. Las sociedades anónimas que negocian sus acciones en bolsa, como cualquier otra sociedad, pueden ser subordinadas o matrices de otras sociedades, socias controlantes y formar parte de grupos empresariales.

5. 5. Las sociedades anónimas abiertas tienen plena capacidad para contratar con el Estado. Sin embargo, en algunos casos, el legislador les ha otorgado un tratamiento especial en materia de inhabilidades. En particular, el legislador dispuso expresamente que algunas de las causales de inhabilidad generales previstas en el artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 no les son aplicables. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional (sentencias C-353 de 2009 y C-257 de 2013), la exclusión de las sociedades anónimas abiertas del ámbito de aplicación de algunas causales de inhabilidad responde a la forma en cómo se transfiere la propiedad accionaria (mercado público de valores) y la relativa falta de control de las sociedades y sus miembros respecto del ingreso de nuevos accionistas.

4.2.3. Las ESAL. Definición, régimen legal, capacidad para contratar con el Estado e

inhabilidades

78. Las ESAL son personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos, quienes realizan un aporte y vinculan un capital común a la obtención de finalidades “de interés general o de bienestar común no lucrativo”. Las ESAL se fundamentan en el principio de solidaridad (art. 1º de la CP) y son una manifestación del derecho fundamental de asociación (art. 38 de la CP). Asimismo, son una herramienta para la promoción de la investigación, la ciencia, el desarrollo, la difusión de los valores de la nación, la búsqueda del conocimiento y el fomento de la ciencia y tecnología (artículos 70 y 71 de la CP). De acuerdo con el numeral 26 del artículo 189 de la Constitución, corresponde al presidente la República ejercer inspección y vigilancia sobre las ESAL, “con el objetivo de que sus rentas se conserven y sean debidamente empleadas”.

79. La Corte Constitucional ha reiterado que las ESAL tienen principalmente cuatro características esenciales:

79.1. Las ESAL tienen personería jurídica y “existen independientemente de las personas que la constituyen”. La existencia de las ESAL no está supeditada a un acto de reconocimiento de personería jurídica por parte del Estado. Estas se constituyen por medio de una escritura pública o documento privado suscrito por sus fundadores, el cual debe registrarse ante la Cámara de Comercio. El artículo 40 del Decreto 2150 de 1995 exige que el acto constitutivo (estatutos) contenga, entre otros: (i) la “forma de administración con indicación de las atribuciones y facultades de quien tenga a su cargo la administración y representación legal” de las ESAL; (ii) la “periodicidad de las reuniones ordinarias y los casos en los cuales habrá de convocarse a reuniones extraordinarias”; y (iii) el “[n]ombre e identificación de los administradores y representantes legales”. Conforme a la jurisprudencia constitucional, los estatutos y organización administrativa de la ESAL son determinados por la voluntad de sus miembros. Los miembros cuentan con un amplio margen para la definición de su sistema de gobierno y funcionamiento interno.

79.2. Las ESAL persiguen una finalidad no lucrativa. La ausencia de ánimo de lucro “se predica de las personas que son miembros (...) pero no de ésta en sí misma considerada”. En este sentido, las ESAL desarrollan “actividades que generen utilidades”, sin embargo, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros, “sino que se integra al patrimonio de

la asociación para la obtención del fin deseado”. En este sentido, la diferencia esencial entre las sociedades y las ESAL es la destinación de las utilidades: en las sociedades, las utilidades son repartidas entre sus socios o accionistas; en las ESAL, se integran al patrimonio y deberán destinarse a su crecimiento y actividad.

79.3. Los fundadores, asociados y miembros de las ESAL tienen “derechos o beneficios por el hecho de su afiliación”. Sin embargo, no tienen un derecho de propiedad sobre los bienes, activos o patrimonios de la entidad”, habida cuenta de la ausencia de ánimo de lucro y la finalidad no lucrativa que las caracteriza.

79.4. Las ESAL desarrollan actividades de beneficio social, es decir, aquellas que “se encaminan hacia un grupo determinado de personas o hacia la comunidad en general”. Son actividades de interés o beneficio social, entre otras, la salud, el deporte, la educación, la investigación científica, tecnológica, ecológica, las actividades ligadas al desarrollo social, entre otros.

80. Existen diferentes tipos de ESAL que se clasifican en función de las actividades que desarrollan y el régimen legal aplicable. Dentro de estas organizaciones se encuentran, entre otras, las Juntas de Acción Comunal, las Cajas de Compensación, las entidades de naturaleza cooperativa, los fondos de empleados, las instituciones de utilidad común que prestan servicios de bienestar familiar, las asociaciones, las fundaciones, las corporaciones, las instituciones de educación superior, las Iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, los Partidos y movimientos políticos, y los sindicatos y asociaciones de trabajadores y empleadores.

81. Las ESAL cuentan con amplio margen de configuración para fijar su sistema de autogobierno y administración. Sin embargo, el legislador ha dispuesto algunas reglas para el funcionamiento de algunas de ellas. La siguiente tabla sintetiza las reglas de administración, funcionamiento y representación legal de las asociaciones y corporaciones, fundaciones, Cajas de Compensación Familiar y cooperativas, habida cuenta de que estas son las ESAL a las que la Ley 80 de 1993 hace referencia en materia de inhabilidades.

ESAL

Características

Asociación o corporación

1. 1. Las asociaciones o corporaciones son personas jurídicas que “surgen del acuerdo de una pluralidad de voluntades vinculadas mediante aportes en dinero, especie o actividad, en orden a la realización de un fin de beneficio social extraeconómico, que puede contraerse a los asociados, a un gremio o grupo social en particular”.

2. 2. El máximo órgano de dirección es “una sala o reunión legal” que puede tener la denominación que definan los miembros. La voluntad de la mayoría de la sala o asamblea “es la voluntad de la corporación”. El numeral 5 del artículo 2.2.1.3.2. del Decreto 1066 del 2015 exige que el acto de inscripción de la entidad contenga, por lo menos, los “[ó]rganos de administración, determinando su composición, modo de elección o designación, funciones y quórum deliberatorio y decisorio”. A su vez, el numeral 6 de la misma norma exige que el acto de inscripción de la entidad contenga “la persona que ostentará la representación legal de la entidad”.

Fundación

1. 1. Las fundaciones son ESAL que surgen de la voluntad irrevocable de una o varias personas que afectan “unos fondos preexistentes a la realización efectiva de un fin de beneficencia pública, de utilidad común o de interés social (fines educativos, científicos, tecnológicos, culturales, deportivos o recreativos)”.

2. 2. El máximo órgano de dirección es “una sala o reunión legal” que puede tener la denominación que definan los miembros. La voluntad de la mayoría de la sala “es la voluntad de la corporación”. El numeral 5 del artículo 2.2.1.3.2. del Decreto 1066 del 2015 exige que el acto de inscripción de la entidad contenga, por lo menos, los “[ó]rganos de administración, determinando su composición, modo de elección o designación, funciones y quórum deliberatorio y decisorio”. A su vez, el numeral 6 de la misma norma exige que el acto de inscripción de la entidad contenga “la persona que ostentará la representación legal de la entidad”.

Cooperativa

1. 1. La cooperativa es una persona jurídica creada con un número plural de personas

mediante un acuerdo cooperativo “con fines de interés social y sin ánimo de lucro”. El acuerdo cooperativo permite a la persona jurídica desempeñar todo tipo de “actividad económica, social o cultural”.

2. 2. La “asamblea general es el órgano máximo de administración de las cooperativas y sus decisiones son obligatorias para todos los asociados”. Este órgano lo constituyen “los asociados hábiles o de los delegados elegidos por éstos”. Por su parte, el “consejo de administración es el órgano permanente de administración subordinado a las directrices y políticas de la asamblea general”. La persona o personas que ostentarán la calidad de representante legal deberá estar señalada en los estatutos.

Cajas de Compensación Familiar

1. 1. Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas “organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, que cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado”.

2. 2. Las Cajas de Compensación Familiar están dirigidas “por la Asamblea General de Afiliados, el Consejo Directivo y el Director Administrativo”. La Asamblea General de Afiliados es el “máximo órgano de dirección” y está compuesta por “los afiliados hábiles” o “sus representantes debidamente acreditados”. El Consejo Directivo está compuesto por “[c]inco (5) miembros principales con sus respectivos suplentes en representación de los empleadores afiliados” y “[c]uatro (4) miembros principales con sus respectivas suplentes en representación de los trabajadores”. Por su parte, el Director Administrativo, entre otras funciones, ejerce “la representación legal de la Caja”.

ii. (ii) La capacidad para contratar con el Estado de las ESAL

82. Las ESAL son entidades capaces de “ejercer derechos y contraer obligaciones”. Por lo tanto, conforme al artículo 6 de la Ley 80 de 1993, podrán contratar con el Estado siempre que cumplan con los requisitos legales aplicables y no estén “incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad”. El artículo 355 Constitución Política incentiva la contratación pública con las ESAL para el cumplimiento de los planes de desarrollo del gobierno nacional y de las entidades territoriales. Este artículo fue reglamentado por el Decreto 092 de 2017, el cual prevé los requisitos que las ESAL deben cumplir para poder ser

contratistas en este tipo de contratos, así como las reglas de los procesos de contratación, entre otras.

83. El artículo 8 de la Ley 80 de 1993 contiene las inhabilidades generales para contratar con el Estado. La Sala advierte que algunas de las causales de inhabilidad cobijan a todas las personas jurídicas, dentro de las que se encuentran las ESAL. Estas causales son las previstas en los incisos 1º y 4º del literal j) del artículo 8.1, 1º y 3º del literal k) del mismo artículo y el literal d) del artículo 8.2 ibídem. En contraste, otras causales sólo son aplicables a algunos tipos de personas jurídicas, específicamente, a algunos tipos de sociedades comerciales. Estas incluyen, entre otras las contenidas en los literales h) e i) del artículo 8.1, los incisos 3º y 5º del literal j) y el literal f) del artículo 8.2.

84. Asimismo, la Sala resalta que el artículo 10º de la Ley 80 de 1993 dispone que no quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades previstas en los artículos 8º y 9º de la Ley 80 de 1993 “las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario”. El Consejo de Estado ha indicado que esta exclusión se refiere a casos específicos y excepcionales, por lo que la misma no se aplica “en cualquier clase de contratos”, sino solo en los que “el representante legal de una entidad sin ánimo de lucro sea miembro de la junta o consejo directivo por mandato legal, o cuando los estatutos de una entidad estatal así lo dispongan.

85. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han señalado que las ESAL “suelen tener un tratamiento diferenciado o especial en diversos aspectos”, habida cuenta de las finalidades que persiguen, las actividades que desarrollan y los principios constitucionales que las fundamentan. En particular, han señalado que estas diferencias justifican prima facie un trato distinto en materia tributaria, así como en los requisitos de constitución y reconocimiento de personería jurídica. Sin embargo, estos tribunales no se han pronunciado sobre las diferencias de trato en materia de inhabilidades que se derivan del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993.

() ESAL, situación de control y grupos empresariales

86. Las ESAL pueden formar parte de grupos empresariales y ejercer control, directa o indirectamente, sobre sociedades. En efecto, el parágrafo 1º del artículo 27 de la Ley 222 de

1995 dispone que “[i]gualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad” (resaltado fuera de texto).

87. En este sentido, la Superintendencia de Sociedades ha sostenido que el socio controlante de los grupos empresariales “puede ser una persona jurídica de naturaleza no societaria, como una fundación, una asociación y en particular una corporación”. Al respecto, ha indicado que “de acuerdo con la Ley, es perfectamente posible que una persona jurídica de naturaleza no societaria participe en la conformación y operación de sociedades y empresas de grupo, conformando situaciones de control o grupo mediante el control sobre las sociedades comerciales”.

88. La siguiente tabla sintetiza las principales reglas sobre el régimen legal, capacidad para contratar y tratamiento en materia de inhabilidades de las ESAL:

ESAL: capacidad para contratar y régimen de inhabilidades

1. 1. Las ESAL son personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos, quienes realizan un aporte y vinculan un capital común a la obtención de finalidades de interés general o de bienestar común no lucrativo.

2. 2. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las ESAL tienen cuatro características esenciales: (i) tienen personería jurídica y existen independientemente de las personas que la constituyen, (ii) persiguen una finalidad “no lucrativa”, lo que implica que las utilidades no se reparten entre sus miembros, sino que se integra al patrimonio de la asociación para el desarrollo de su objeto social. La finalidad no lucrativa es la principal diferencia entre las ESAL y las sociedades. (iii) Desarrollan actividades de beneficio social, es decir, aquellas que se encaminan hacia un grupo determinado de personas o hacia la comunidad en general y (iv) los fundadores, asociados y miembros de las ESAL tienen derechos o beneficios por el hecho de su afiliación. Sin embargo, no tienen un derecho de propiedad sobre los bienes, activos o patrimonios de la entidad.

3. 3. Las ESAL cuentan con amplio margen de configuración para fijar su sistema de autogobierno y administración. En términos generales, su órgano de dirección es la sala, reunión legal, asamblea o junta de asociados y miembros, y sus órganos de administración son las juntas y consejos directivos, así como los representantes legales. Con todo, la ley dispone reglas especiales de funcionamiento aplicables a ciertos tipos de ESAL.

4. 4. La Ley 80 de 1993 otorga a las ESAL un trato diferenciado en materia de inhabilidades. Esto es así, debido a que algunas causales de inhabilidad generales previstas en el artículo 8.1 no las cobijan, porque están dirigidas, exclusivamente, a las sociedades. Asimismo, el artículo 10 ibidem dispone que las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en los artículos 8 y 9, no serán aplicables a “las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario”. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado no se han pronunciado de forma expresa sobre las diferencias de trato en materia de inhabilidades ni han especificado las razones que justifican dicho trato diferente.

5. 5. De acuerdo con el párrafo 1º del artículo 27 de la Ley 222 de 1995, las ESAL pueden formar parte de grupos empresariales y ejercer control, directa o indirectamente, sobre sociedades.

4.3. Caso concreto

89. La Sala abordará el estudio del caso concreto en dos secciones. En la primera, describirá el contexto y contenido normativo del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, con especial énfasis en la evolución normativa y alcance de la inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º (sección 4.3.1 infra). En la segunda, examinará la constitucionalidad de las expresiones demandadas, para lo cual empeará el juicio integrado de igualdad (sección 4.3.2 infra).

4.3.1. La Ley 2014 de 2019 y el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. Evolución y contenido normativo

90. La Ley 2014 de 2019 tiene por objeto “adoptar medidas para la sanción efectiva de los delitos cometidos contra la Administración pública, la administración de justicia y que afecten el patrimonio del Estado” con el fin de “garantizar el principio constitucional de igualdad y

transparencia". A dichos efectos, el legislador adoptó, principalmente, tres medidas (i) la eliminación de beneficios penales, (ii) la modificación del régimen de inhabilidades para contratar con el Estado cuando se demuestra la comisión de actos de corrupción y (iii) la cesión sin indemnización de los contratos de los contratistas declarados inhábiles.

91. El artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, modificó la inhabilidad prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. Este artículo tiene cinco incisos cuyo contenido y alcance la Corte pasa a explicar:

i. (i) Inciso 1º: conductas que dan lugar a la inhabilidad

92. El inciso 1º dispone que están inhabilitadas para contratar con el Estado las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por (i) la comisión de delitos contra la Administración pública, (ii) los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o (iii) cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia. Asimismo, dispone que también estarán inhabilitadas para contratar "las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional".

(i) Inciso 2º: procedencia preventiva de la inhabilidad

93. El inciso 2º dispone que la inhabilidad prevista en el inciso 1º "procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria". En la sentencia C-053 de 2021, la Corte Constitucional consideró que este inciso no vulneraba el principio de presunción de inocencia, por cuanto, a la luz de la jurisprudencia constitucional, "este principio se circunscribe a la potestad sancionatoria o punitiva del Estado y no atañe al régimen de estas inhabilidades". La Sala concluyó, además, que la procedencia preventiva de la inhabilidad perseguía finalidades constitucionalmente importantes, relacionadas con: (i) la garantía de los principios de la función administrativa, así como de la celebración y de la ejecución de los contratos estatales con contratistas idóneos; (ii) la prevención de la corrupción; (iii) el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de transparencia y lucha contra la corrupción, y, por último, (iv) la implementación de los ajustes necesarios para el ingreso de Colombia a la OCDE.

() Inciso 3º: inhabilidad por extensión

94. El inciso 3º regula la inhabilidad por extensión. De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, las inhabilidades por extensión son “aquellas que no recaen directamente sobre la persona natural o jurídica que haya realizado cierta conducta [inhabilitado directo] (...) sino sobre otras personas físicas o morales con las cuales esos individuos o entidades tengan determinados intereses o vínculos jurídicos o económicos [inhabilitado indirecto]”. En este sentido, el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 dispone que la inhabilidad prevista en los incisos 1º y 2º “se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

95. La inhabilidad por extensión por delitos contra la administración pública y actos de corrupción fue incorporada originalmente en el ordenamiento jurídico por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007. Luego, fue objeto de modificaciones por las leyes 1474 de 2011, 1778 de 2016 y, finalmente, la Ley 2014 de 2019. La siguiente tabla evidencia la evolución normativa de la inhabilidad por extensión incorporada en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993:

Literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. Evolución normativa

Art. 18 de la Ley 1150 de 2007

Art. 1º de la Ley 1474 de 2011

Art. 31 de la Ley 1778 de 2016

Art. 2º de la Ley 2014 de 2019

“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.

(...)

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”.

El literal j) del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993 quedará así:

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos.

Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años

El artículo 1o de la Ley 1474 de 2011 quedará así:

Artículo 1o. Inhabilidad para contratar de quienes incurran en delitos contra la administración pública. El literal j) del numeral 1 del artículo 8o de la Ley 80 de 1993 quedará así:

Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años

Modifíquese el literal j) del numeral 1 del artículo 80 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

También se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley, o cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por

cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado.

La inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal.

96. En criterio de la Sala Plena, la evolución normativa de la inhabilidad por extensión, así como la motivación que han tenido cada una de sus modificaciones, son relevantes para entender el contenido y el alcance de los incisos 3º y 5º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 y, en particular, de las expresiones demandas. Por lo tanto, a continuación, la Sala presenta un breve recuento de esta evolución normativa.

97. Ley 1150 de 2007. El artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, “[p]or medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993”, incorporó la inhabilidad por extensión. Al respecto, dispuso que la inhabilidad por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades, así como actos de soborno transnacional, se extendería a las sociedades de las que fueran “socios” los inhabilitados directos, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

98. De acuerdo con los antecedentes legislativos de la Ley 1150 de 2007, la incorporación de la inhabilidad por extensión persiguió dos finalidades. Primero, prevenir y fortalecer la lucha contra la corrupción, conforme a los compromisos que el Estado asumió en (i) la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 412 de 1997); (ii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Ley 800 de 2003) y (iii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 970 de 2005). Segundo, conforme a la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, “evitar que tales entidades (en este caso, sociedades) sean utilizadas por el inhabilitado directo o principal para evadir o burlar la inhabilidad para contratar que pesa sobre él durante cierto tiempo”. De este modo, “fue para evitar este tipo de conductas, que podrían implicar una nueva ilicitud y una especie de fraude a la ley, que el Legislador estableció estas inhabilidades indirectas o ‘por extensión’”.

99. La Sala advierte que la Ley 1150 de 2007 extendió la inhabilidad a las “sociedades”, y no a todas las personas jurídicas con capacidad para contratar. Asimismo, exceptuó a las

sociedades anónimas abiertas. Los antecedentes legislativos evidencian que el uso del término “sociedades” para referirse a los sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión no parece haber sido deliberado ni haber tenido por objeto excluir al resto de las personas jurídicas con capacidad para contratar diferentes a las sociedades. Esto, porque, en el trámite legislativo, la disposición originalmente propuesta en el proyecto de ley preveía que la inhabilidad se extendería a todas “las personas jurídicas” de las que hiciera parte el inhabilitado directo. Esta redacción se mantuvo sin modificaciones hasta los últimos debates en plenaria de Cámara y Senado. Fue sólo hasta la publicación del texto conciliado entre Cámara y Senado que se incluyó la palabra “sociedades” en reemplazo del término “personas jurídicas”. Sin embargo, en el informe de conciliación la comisión no expuso las razones por las cuales introdujo este cambio.

100. Ley 1474 de 2011. La inhabilidad por extensión que incorporó la Ley 1150 de 2007 fue modificada por la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). En la Ley 1150 de 2007 la inhabilidad sólo se extendía a las sociedades en las que el inhabilitado directo era socio. El artículo 1º de la Ley 1474 de 2011 añadió que la inhabilidad se extendería no sólo a las “sociedades” de las que el inhabilitado directo hiciera parte como socio, sino también “a sus matrices y a sus subordinadas”. Esta modificación obedeció a (i) el propósito de introducir disposiciones que fortalecieran la lucha contra la corrupción y (ii) en particular, a la necesidad de extender la inhabilidad por actos de corrupción, no solo a la persona natural autora de actos de corrupción, sino también “a las sociedades de la cual la persona es miembro, inclusive, en tratándose de sociedades internacionales, a todas las matrices de las mismas y a sus agencias subordinadas”. Por lo demás, la Ley 1474 de 2011 reiteró que la inhabilidad se extendía a las “sociedades” y mantuvo la exclusión de las sociedades anónimas abiertas.

101. Ley 1778 de 2016. El artículo 31 de la Ley 1778 de 2016 “[p]or la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”, introdujo dos cambios relevantes a la inhabilidad por extensión. En primer lugar, reiteró que la inhabilidad se extendería a (i) las sociedades, (ii) sus matrices y a sus subordinadas, pero (iii) añadió “a las sucursales de sociedades extranjeras”. Con todo, mantuvo la excepción de las sociedades anónimas abiertas. En segundo lugar, dispuso que la inhabilidad se extendería a las sociedades de las que hicieran parte los inhabilitados directos, ya no en calidad de “socios”,

sino en calidad de “administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes”.

102. De acuerdo con los antecedentes legislativos, estos cambios fueron incorporados con la finalidad de fortalecer las medidas jurídicas para prevenir y combatir la corrupción, a la luz de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, ratificada por la República de Colombia mediante la Ley 1573 de 2012. Asimismo, estas modificaciones buscaban cumplir con las recomendaciones planteadas por el Grupo de Trabajo de la OCDE que identificó que “existían una serie de vacíos que impedían la implementación plena de la Convención”. Así lo explicó el ministro de Justicia de la época en la exposición de motivos:

“El proyecto de ley que hoy se somete a consideración del Congreso tiene como objeto implementar esa convención. Para esos efectos, establece un régimen de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas que hayan incurrido en soborno transnacional. Algunas de las normas de este proyecto de ley modifican la Ley 1474 de 2011, también conocida como Estatuto Anticorrupción, la cual fue revisada por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la OCDE. Este Grupo de Trabajo, conformado por países miembros de la OCDE, concluyó que en el Código Penal y en la Ley 1474 de 2011 existían una serie de vacíos que impedían la implementación plena de la Convención.

De esta manera los cambios incluyen i) cambios solicitados por la OCDE al tipo penal de soborno transnacional, así como a la descripción típica de corrupción para efectos del artículo 7° sobre la labor de denuncia de revisores fiscales, y ii) cambios a la inhabilidad para contratar de quienes incurran en delitos contra la administración pública, en donde la inhabilidad aplica también para las sociedades controladas por tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas” (subrayado fuera del texto).

103. La Sala resalta que el proyecto de ley original establecía que la inhabilidad se extendería a las sociedades, matrices y subordinadas, así como sucursales de sociedades extranjeras, cuando el inhabilitado directo tuviera la calidad de “socio”. La incorporación de la expresión “administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes” tuvo lugar en el cuarto debate de la Plenaria del Senado, por una proposición del senador Horacio Serpa, que luego fue aprobada. El senador Horacio Serpa no

expuso las razones específicas que motivaban esta modificación y este punto tampoco fue debatido por ninguno de los senadores. Con todo, la Sala observa que las recomendaciones de la OCDE que motivaron la presentación del proyecto de ley, indicaban que el Estado debía fortalecer las medidas penales, civiles y administrativas, con el propósito de sancionar los actos de corrupción que cometieran los administradores, representantes legales y miembros de junta directiva de las personas jurídicas, así como funcionarios de “inferior nivel”. Por su parte, en cuanto a la expresión “socio controlante”, la Sala advierte que, como se mostró, en la exposición de motivos el Gobierno explicó que se buscaba que la inhabilidad por extensión prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 también cobijara a las “sociedades controladas” por el inhabilitado directo (pár. 102 supra).

104. Ley 2014 de 2019. Por último, el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 introdujo una nueva modificación a la inhabilidad por extensión prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. En concreto, dispuso que la inhabilidad se extendería, además de las sociedades, matrices, subordinadas y sucursales de sociedades extranjeras, a los “grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo”. Los debates en el proceso de aprobación de la ley en el Congreso demuestran que esta modificación tuvo por objeto cobijar “a las cabezas de esos grupos económicos (...) y a los grandes beneficiarios” de los actos de corrupción. Lo anterior, con el objeto de evitar que escándalos de corrupción como el de Odebrecht se repitieran. En efecto, la senadora Esperanza Andrade resaltó que “el caso precisamente Odebrecht [evidenció que] esta sociedad tiene otras sociedades que funcionan por terceras personas con administradores y que pues no los cobija las inhabilidades para contratar”.

105. El artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 reiteró que la inhabilidad se extendería cuando los inhabilitados directos tuvieran la calidad de “administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes”. En el trámite legislativo, algunos senadores se refirieron a este punto y señalaron que la inhabilidad sólo debía extenderse cuando el inhabilitado directo tuviera un cargo de dirección en la sociedades o grupos empresariales.

106. La Sala Plena resalta que el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 también reiteró el uso del término “sociedades” -no personas jurídicas- y mantuvo la exclusión de las sociedades anónimas abiertas. Los antecedentes legislativos demuestran que la exclusión de

las sociedades anónimas abiertas fue objeto de debate. En efecto, durante el trámite del proyecto en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, algunos congresistas presentaron una propuesta de modificación al literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en la que se sugería extender la inhabilidad a las sociedades de las que hicieran parte las personas condenadas por delitos contra la administración pública, sin excluir a las sociedades anónimas abiertas. No obstante, los ponentes del proyecto rechazaron la proposición, porque, de acuerdo con un concepto presentado por Colombia Compra Eficiente, no era considerado viable extender la inhabilidad a las sociedades anónimas abiertas, por cuanto en “este tipo de sociedades, (...) por su naturaleza, no es posible el control de la actuación de sus miembros, y por ende, la extensión de la responsabilidad de estos a las sociedades de las cuales hagan parte”. Asimismo, indicaron que, conforme a la jurisprudencia constitucional, no era conveniente extender la inhabilidad a las sociedades anónimas abiertas:

107. El Representante a la Cámara, José Daniel López Jiménez, manifestó su preocupación por la exclusión de este tipo de sociedades. Específicamente, afirmó que esto permitiría “que empresas claramente identificadas con tristes historias de corrupción del país, sigan estando habilitadas para participar, para ganar procesos de selección objetivos sin que la Ley o los tomadores de decisión en esta materia puedan hacer algo al respecto”. A pesar de lo anterior, la exclusión de las sociedades anónimas abiertas fue finalmente aprobada tanto por la plenaria de la Cámara de Representantes como del Senado de la República.

() Inciso 4º: inhabilidad por principio de oportunidad

108. El inciso 4º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 dispone que se considerarán inhabilitadas para contratar las personas jurídicas (i) sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley o (ii) cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, “hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado”.

109. La Sala resalta que, a diferencia del inciso 3º, el inciso 4º extiende la inhabilidad a “las personas jurídicas” -no a las sociedades-, y no excluye a las sociedades anónimas abiertas.

Sin embargo, estos asuntos no fueron objeto de debate en el Congreso durante el trámite de aprobación.

() Inciso 5º: vigencia de la inhabilidad

110. Por último, el inciso 5º regula la vigencia de la inhabilidad directa, así como de la inhabilidad por extensión. Al respecto, dispone que “la inhabilidad prevista en este literal se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores, y se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal”.

111. La Sala de Consulta y Servicio Civil ha precisado que la inhabilidad directa para contratar con el Estado aplicable a las personas naturales y jurídicas que incurran en las conductas previstas en el inciso 1º es permanente y aplica de forma vitalicia. Por su parte, la inhabilidad por extensión, prevista en el inciso 3º, es permanente en el sentido en que se mantendrá siempre que el inhabilitado directo “haga parte” de la sociedad en calidad de administrador, representante legal, miembro de junta directiva o socio controlante. Con todo, si el inhabilitado directo es removido de los órganos de administración, o deja de ser socio controlante, la sociedad no continuará inhabilitada.

() La inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 y otras sanciones administrativas previstas en la Ley 1474 de 2011

112. La Sala Plena resalta que la inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º de la Ley 2014 de 2019 tiene un contenido y ámbito de aplicación normativo diferente e independiente a la inhabilidad sancionatoria prevista en la Ley 1474 de 2011, modificada por la Ley 2195 de 2022.

113. El artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el artículo 2º de la Ley 2195 de 2022, dispone que:

“Artículo 34. Responsabilidad administrativa sancionatoria contra personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar y las medidas contempladas en el artículo 91 de la Ley 906

de 2004, se aplicará un régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria a las personas jurídicas, sucursales de sociedades extranjeras, a las personas jurídicas que integren uniones temporales o consorcios, a las empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro, domiciliadas en Colombia, cuando se den los siguientes supuestos:

(i) Exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios, por la comisión de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente; (ii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia se hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de la conducta punible cometida por sus administradores o funcionarios; y (iii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia, consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo”.

114. Por su parte, el artículo 34-2 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el artículo 4º de la Ley 2195 de 2022, establece las sanciones administrativas que puede imponer la Superintendencia de Sociedades a las personas jurídicas que incurran en las conductas descritas en el inciso anterior. Al respecto, dispone que:

Artículo 34-2. Sanciones administrativas a personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en Colombia. Las sanciones administrativas aplicables a las personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en Colombia, conforme a lo establecido en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, podrán ser una o varias de las siguientes:

(...)

2. Inhabilidad para contratar contenida en el literal j) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 y aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 de la misma ley”.

115. La Sala considera que la inhabilidad que la Superintendencia de Sociedades puede imponer a las personas jurídicas que incurran en las conductas previstas en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011, es distinta y tiene un ámbito de aplicación normativo distinto a la inhabilidad por extensión prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. Esto, por las siguientes tres razones:

116. Primero. La Ley 1474 de 2011 regula supuestos de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas que incurran en las conductas previstas en el artículo 34. Asimismo, dispone que estas personas jurídicas podrán quedar inhabilitadas de forma “directa” por la conducta de sus administradores. En contraste, el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 regula una inhabilidad preventiva aplicable a personas naturales que puede hacerse extensiva, de forma indirecta, a las personas jurídicas de las que estas forman parte. Tal y como lo ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil, “la inhabilidad indirecta o ‘por extensión’ establecida en la ley es independiente de la responsabilidad administrativa que pueda recaer sobre dichas personas jurídicas por haber cometido o participado, directa o indirectamente”. En este sentido, la inhabilidad prevista en el artículo 34-2 de la Ley 1474 de 2011 recae de forma directa sobre las personas jurídicas, como resultado de una conducta que da lugar a responsabilidad administrativa. En cambio, el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 regula un supuesto de inhabilidad “que no recae directamente sobre la persona natural o jurídica que haya realizado cierta conducta (lícita o ilícita), sino sobre otras personas físicas o morales con las cuales esos individuos o entidades tengan determinados intereses o vínculos jurídicos o económicos”.

117. Esta diferencia explica que los presupuestos para la configuración de cada una de las inhabilidades sean diferentes. La inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 opera por el simple hecho de que el inhabilitado directo forme parte de la sociedad en calidad de administrador o socio controlante. En contraste, para que opere la inhabilidad sancionatoria directa prevista en el artículo 34-2, no basta el simple vínculo jurídico o económico que exista entre el individuo que realice materialmente la conducta y la persona jurídica que sea declarada responsable. El artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 exige expresamente demostrar que la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera (i) se “hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de la conducta punible cometida por sus administradores o funcionarios” y (ii) hubiere consentido o tolerado “la realización de la conducta punible, por

acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo”.

118. Segundo. La inhabilidad prevista en el literal j) de la Ley 80 de 1993 es una inhabilidad-requisito, puesto que tiene una finalidad netamente preventiva. Así lo ha reconocido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y lo ha reiterado la Corte Constitucional. En contraste, la inhabilidad prevista en el artículo 34-2 de la Ley 1474 de 2011 es una inhabilidad sancionatoria, dado que se impone a las personas jurídicas como resultado de un proceso de responsabilidad administrativa.

119. La naturaleza diversa de estas inhabilidades incide en su vigencia. Así, la inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, al ser preventiva y no sancionatoria, se mantendrá vigente mientras el inhabilitado directo “haga parte” de la sociedad, en calidad de administrador, representante legal, miembro de junta directivo o socio controlante. De este modo, si el inhabilitado directo es removido efectivamente de la sociedad, está última podrá contratar con el Estado. En contraste, la inhabilidad prevista en la Ley 1474 de 2011 es sancionatoria y no pierde vigencia por el simple hecho de la sociedad remueva a la persona natural.

120. Tercero. Las conductas previstas en ambas normas, que eventualmente pueden dar lugar a que la persona jurídica esté inhabilitada para contratar con el Estado por la conducta de sus administradores y funcionarios, no son plenamente coincidentes. La Sala Plena resalta dos diferencias relevantes:

120.1. El literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 prevé que estarán inhabilitadas para contratar con el Estado (i) las personas naturales que incurran en cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia y (ii) las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional. Estas conductas no están listadas en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011.

120.2. El inciso 2º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 dispone que la inhabilidad procederá y se extenderá a las sociedades del inhabilitado directo aun si no existe sentencia penal en firme. En contraste, el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 dispone que la responsabilidad administrativa de la persona jurídica sólo se configurará si existe “sentencia penal ejecutoriada”.

121. La siguiente tabla sintetiza el contenido normativo de la inhabilidad prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1992:

Literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993

Inciso 1º

Están inhabilitadas para contratar con el Estado:

1. 1. Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por (i) la comisión de delitos contra la Administración pública, (ii) los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o (iii) cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia.

2. 2. Las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Inciso 2º

La inhabilidad procederá preventivamente “aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria”. En la sentencia C-053 de 2021, la Corte declaró la exequibilidad de este inciso.

Inciso 3º

La inhabilidad se extenderá a las “sociedades” de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

1. 1. Objeto. La inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º es una inhabilidad requisito que persigue dos finalidades: (i) prevenir y fortalecer la lucha contra la corrupción y (ii) evitar

que las sociedades, matrices y subordinadas, sucursales de sociedades extranjeras y grupos empresariales, sean utilizadas por el inhabilitado directo o principal para evadir o burlar la inhabilidad para contratar con el Estado por la comisión de las conductas previstas en el inciso 1º.

3. 3. Rol del inhabilitado directo. La inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte los inhabilitados directos en “calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes”. En un principio, la inhabilidad solo se extendía a las sociedades en que los inhabilitados directos fueran “socios”. Sin embargo, a partir de la Ley 1778 de 2016, el legislador dispuso que se extendería a administradores y socios controlantes, habida cuenta del rol de dirección e influencia decisoria que estos sujetos tienen en las sociedades.

4. 4. Expresión “sociedades”. El legislador ha dispuesto que la inhabilidad se extenderá a las “sociedades” desde la Ley 1150 de 2007. Esta expresión ha sido reiterada en las leyes 1474 de 2011, 1778 de 2016 y 2014 de 2019, pero no ha sido objeto de discusión o debate en el Congreso.

5. 5. Exclusión de las sociedades anónimas abiertas. La exclusión de las sociedades anónimas abiertas ha sido reiterada por las leyes 1150 de 2007, 1474 de 2011, 1778 de 2016 y 2014 de 2019. Esta exclusión ha estado fundamentada en la naturaleza de estas sociedades y, en concreto, la dificultades para que los accionistas de este tipo de sociedades controlen quienes compren sus acciones en el mercado público de valores.

Inciso 4º

1. 1. Están inhabilitadas para contratar las personas jurídicas (i) sobre las cuales se haya ordenado la suspensión de la personería jurídica en los términos de ley o (ii) cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, “hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado”.

2. 2. La Sala resalta que, a diferencia del inciso 3º, el inciso 4º extiende la inhabilidad a “las personas jurídicas” -no a las sociedades-, y no excluye a las sociedades anónimas abiertas.

Inciso 5º

La inhabilidad es intemporal, pues (i) “se extenderá de forma permanente a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en las calidades presentadas en los incisos anteriores”, y (ii) “se aplicará de igual forma a las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos mencionados en este literal”. La inhabilidad por extensión es intemporal, en el sentido en que permanecerá vigente mientras el inhabilitado directo forme parte de las sociedades en las calidades previstas en el inciso 3º.

4.3.2. Resolución del cargo

122. La Sala advierte que el demandante argumenta que las expresiones demandadas (“sociedades” y “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”) implican que la inhabilidad por extensión es infra inclusiva.

123. La Corte Constitucional ha señalado que las normas infra inclusivas son aquellas que no incluyen o excluyen como sujetos destinatarios de la regulación a todas las personas ubicadas en similar situación a la luz del fin buscado por la misma. En este sentido, una norma es infra inclusiva cuando (i) confiere un beneficio o instituye una carga o prohibición para un grupo de sujetos, con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, pero (ii) no incluye -o excluye-, de manera injustificada, a otro grupo de sujetos que se encuentra en idéntica o similar situación fáctica y jurídica frente a aquellos incluidos, y que, por tanto, (iii) han debido ser incluidos como destinatarios de la regulación en tanto contribuyen razonablemente a alcanzar la finalidad de la misma.

124. Para examinar si las expresiones “sociedades” y “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” implican que la inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 es infra inclusiva, la Sala empleará el juicio integrado de igualdad. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este juicio tiene principalmente dos etapas o pasos:

124.1. En la primera etapa, la Corte debe verificar la existencia de un trato diferente *prima facie* contrario al principio de igualdad y a otros principios constitucionales comprometidos. Para ello debe, (i) identificar cuál es el criterio de comparación “patrón de igualdad o *tertium*

comparationis” y los sujetos comparables, (ii) determinar si, a la luz de dicho criterio de comparación, los sujetos son comparables desde la perspectiva fáctica y jurídica; y (iii) identificar si la norma otorga un trato diferente a los sujetos comparables que contraría el derecho a la igualdad y limita o restringa otros principios constitucionales.

124.2. En la segunda etapa, corresponde a la Corte examinar si el trato diferente se encuentra constitucionalmente justificado, para lo cual debe (i) definir la intensidad del juicio de igualdad a partir de la escala tríadica: débil, intermedia o estricta y (ii) analizar la proporcionalidad a partir de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

125. La Sala Plena considera que debe llevar a cabo dos juicios de igualdad: uno para examinar la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” y otro para estudiar la expresión “sociedades”. Lo anterior, habida cuenta de que estas expresiones no incluyen o excluyen del ámbito de aplicación subjetiva de la inhabilidad por extensión a sujetos diferentes con fundamento en finalidades también diversas.

i. (i) Examen de constitucionalidad de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”

126. 126. Posición de las partes e intervinientes. El demandante sostiene que la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” vulnera los artículos 13 y 122 (inc.5º) de la Constitución. Esto, porque permite que los administradores y socios controlantes de este tipo de sociedades, que cometieron delitos contra la administración pública, “utilicen dicha figura societaria como vehículo para acceder a la contratación pública”. Por esto, solicita declarar la inexecutable de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”. El Ministerio Público y la Corporación Transparencia por Colombia coadyuvaron la solicitud del demandante.

127. Por su parte, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Escuela Superior de Administración Pública, la Universidad Libre y el Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas, solicitaron a la Corte declarar la executable simple. Lo anterior, con fundamento en tres argumentos. Primero, el legislador “tiene un margen amplio para fijar el régimen de inhabilidades” en materia de contratación estatal. Al excluir a las sociedades anónimas abiertas de la inhabilidad por extensión prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la

Ley 80 de 1993, el legislador no excedió dicho margen. Segundo, la exclusión permite a las sociedades anónimas “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”. Tercero, la exclusión “conlleva a la materialización de derechos como la libertad de empresa, el desarrollo económico, el bien común, [entre otros]” que, de no existir la excepción, se verían irrazonablemente restringidas con la extensión de la inhabilidad.

128. Análisis de la Sala. Para resolver el cargo, la Sala empleará el juicio integrado de igualdad. En este sentido, estudiará si de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” se deriva un trato diferente prima facie contrario al principio de igualdad y al artículo 122 (inc.5º) de la Constitución. Luego, determinará la intensidad del test que debe aplicar (leve, intermedio o estricto). Por último, examinará si la expresión demandada satisface las exigencias de este juicio conforme a la intensidad que corresponda.

a. (a) La expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” es prima facie contraria a los artículos 13 y 122 (inc.5º) de la Constitución

129. Criterio de comparación. La igualdad es un concepto de “carácter relacional” puesto que su aplicación presupone una comparación entre personas, grupos de personas o supuestos de acuerdo con un determinado criterio de comparación. La Corte Constitucional ha señalado que el criterio de comparación relevante por medio del cual se lleva a cabo el estudio de comparabilidad de los sujetos en el juicio de igualdad debe determinarse a partir de criterios de racionalidad y razonabilidad y tener en cuenta, entre otras, la finalidad de la norma de la cual deriva la diferencia de trato y las características concretas de los grupos de sujetos. El carácter relacional de la igualdad implica que no es posible establecer una congruencia perfecta entre el criterio de comparación y la delimitación del ámbito de las clases resultantes que de ahí se derivan, puesto que las diferencias y similitudes entre los grupos de sujetos a comparar nunca son absolutas sino siempre parciales. En tales términos, el juez constitucional debe evitar fijar criterios exageradamente genéricos que conduzcan siempre a concluir que los sujetos son comparables y, al mismo tiempo, emplear criterios a partir de “rasgos que por su grado de especificidad conducen siempre a diferenciar”.

130. Los sujetos a comparar en este caso son las sociedades anónimas abiertas y el resto de

las sociedades. La Sala Plena considera que los criterios relevantes para examinar si estos grupos de sujetos son comparables, para efectos de la aplicación de la inhabilidad por extensión prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, son: (i) la capacidad para contratar con el Estado y (ii) la posibilidad de que estas sociedades sean usadas por los inhabilitados directos como un instrumento para eludir la inhabilidad que sobre ellos recae.

131. En criterio de la Sala Plena, la capacidad para contratar con el Estado es un criterio de comparación relevante, porque, como se expuso, las inhabilidades son restricciones a dicha capacidad. En este sentido, las inhabilidades generales recaen, en principio, sobre las personas que, conforme al artículo 6º de la Ley 80 de 1993, tienen capacidad para contratar con el Estado. Asimismo, la posibilidad de que estas personas jurídicas sean usadas por el inhabilitado directo como un instrumento para eludir la prohibición para contratar con el Estado también es un criterio de comparación relevante, debido a que la finalidad de la inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 es, precisamente, evitar que la persona que es condenada por delitos contra la administración pública eluda la prohibición para contratar con el Estado por medio de su participación en otras personas jurídicas. Esto implica que, en principio, la extensión de la inhabilidad debería cobijar a todas las sociedades que, por lo menos en abstracto, puedan ser usadas por el inhabilitado directo con este propósito.

132. Comparabilidad de los sujetos. La Sala Plena encuentra que, a la luz de estos criterios de comparación, las sociedades anónimas abiertas y el resto de las sociedades son sujetos comparables desde el punto de vista fáctico y jurídico. Esto, por las siguientes dos razones:

132.1. Las sociedades anónimas abiertas, así como el resto de las sociedades, gozan de plena capacidad para contratar con el Estado. En efecto, el artículo 6º de la Ley 80 de 1993 dispone que “[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”. Las sociedades anónimas abiertas son personas jurídicas legalmente capaces.

132.2. Las sociedades anónimas abiertas, así como todos los otros tipos societarios, pueden ser eventualmente utilizadas por los inhabilitados directos para contratar con el Estado por interpuesta persona o bien tener algún tipo de injerencia en los órganos de administración de sociedades que contratan con el Estado. En efecto, es perfectamente posible que una

persona que haya incurrido en las conductas o faltas previstas en el inciso 1º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, sea socia controlante, administradora, representante legal o miembro de junta directiva, tanto de sociedades anónimas abiertas como de cualquier otro tipo societario. Por lo demás, las sociedades anónimas abiertas pueden también formar parte de grupos empresariales.

133. Ahora bien, la Sala Plena reconoce que existen diferencias entre las sociedades anónimas abiertas y otros tipos societarios, como las sociedades anónimas cerradas. En particular, la Sala resalta que las sociedades anónimas abiertas negocian sus acciones en el mercado público de valores y los accionistas no están facultados para pactar el derecho de preferencia en la negociación de acciones. Esto implica que, en principio, las sociedades y sus accionistas tienen menos control respecto del ingreso de nuevos accionistas. No obstante, en criterio de la Sala Plena, estas diferencias no suponen que las sociedades anónimas abiertas no sean comparables al resto de las sociedades para efectos de la extensión de la inhabilidad prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. Esto, por dos razones. Primero, el estudio de comparabilidad exige que los sujetos sean razonablemente asimilables a la luz del o los criterios de comparación relevantes, no que se encuentren en una idéntica situación fáctica. En este caso, habida cuenta de los criterios de comparación citados, las similitudes son más relevantes que las diferencias. Segundo, en la sentencia C-353 de 2009 la Corte reconoció implícitamente que estos grupos de sujetos eran comparables. Esto, porque las diferencias entre las sociedades anónimas abiertas y el resto de las sociedades fueron relevantes en el examen de proporcionalidad del trato diferente, particularmente al estudiar los efectos que extender la inhabilidad tendría para la libertad de empresa de este tipo de sociedades, así como para los derechos del resto de los accionistas.

135. La exclusión de las sociedades anónimas también desconoce, por lo menos parcialmente y en principio, el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución. El inciso 5º del artículo 122 de la Constitución prevé una inhabilidad conforme a la cual las personas naturales que han sido condenadas por delitos que afecten el patrimonio del Estado no podrán contratar con el Estado, personalmente o por “interpuesta persona”. La prohibición para contratar con el Estado por “interpuesta persona” tiene como finalidad evitar que la inhabilidad sea burlada por el inhabilitado directo por medio de la contratación a través de terceros. En este sentido, a juicio de la Sala Plena, la exclusión de las sociedades anónimas abiertas como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión contraría prima facie el inciso

5º del artículo 122 de la Constitución, porque permitiría que una persona natural que ha sido condenada por la comisión de delitos que afecten el patrimonio público, sea la socia controlante de una sociedad anónima abierta y, por esta vía, contrate por interpuesta persona con el Estado.

136. El trato diferente y el desconocimiento prima facie de la prohibición prevista en el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución no implican que la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” sea per se contraria a la Constitución. Esto, porque la Corte Constitucional ha señalado que sólo son contrarias a la Constitución aquellas diferencias de trato que carecen de justificación constitucional. En el mismo sentido, en la sentencia C-353 de 2009, este tribunal consideró que la lucha contra la corrupción y la protección de los principios de la función administrativa, que fundamentan la inhabilidad prevista en el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución, debían ser ponderadas con la afectación a otros principios constitucionales y derechos fundamentales de los accionistas de las sociedades anónimas abiertas que podrían verse afectados por la eventual extensión de la inhabilidad.

137. En este sentido, corresponde a la Corte examinar si esta diferencia de trato e incompatibilidad prima facie están justificadas, para lo cual debe emplear el juicio integrado de igualdad.

(b) La Corte debe aplicar un juicio de igualdad de intensidad intermedia

138. La Sala Plena considera que, para evaluar si la exclusión de las sociedades anónimas abiertas como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión se encuentra constitucionalmente justificada, debe emplear un juicio de igualdad de intensidad intermedia.

139. La Corte reconoce que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en materia de inhabilidades. Esto implica que, por regla general, las diferencias de trato que el legislador disponga en relación con los sujetos pasivos de las inhabilidades deben ser examinados a partir de un juicio de intensidad leve. Sin embargo, la Corte Constitucional ha incrementado la intensidad del test para examinar restricciones a derechos fundamentales y principios constitucionales derivadas de normas que regulan inhabilidades para contratar con el Estado. En concreto, este tribunal ha considerado que, conforme a los criterios generales de graduación del juicio de igualdad desarrollados por la jurisprudencia constitucional, el test de intensidad intermedia procede cuando la medida o diferencia de trato afecta el goce de

un derecho constitucional no fundamental o “cuando existe un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia económica”. Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-176 de 2017 y C-393 de 2019. Por su parte, ha señalado que el test de intensidad estricta sólo puede ser aplicado en casos verdaderamente excepcionales en los que, por ejemplo, la inhabilidad afecta de forma grave o intensa derechos fundamentales.

140. Con fundamento en estos criterios, la Sala Plena considera que en este caso la intensidad del juicio debe ser intermedia. Esto, por dos razones. Primero, la diferencia de trato afecta la libertad contractual y la concurrencia de oferentes en igualdad de condiciones, las cuales son libertades económicas y derechos constitucionales no fundamentales. Segundo, la norma restringe la lucha contra la corrupción y la vigencia de los principios constitucionales de la función administrativa (art. 209 de la CP), porque, en principio, permitiría que personas que han sido condenados por delitos contra la administración pública sean socios controlantes o tengan injerencia en los órganos de administración de sociedades anónimas que contratan con el Estado. En este contexto, la aplicación de un test leve sería en exceso deferente con una medida que restringe el ejercicio de importantes libertades económicas en condiciones de igualdad, y afectaría la vigencia de importantes principios constitucionales.

141. Ahora bien, la Sala Plena advierte que, en principio, la exclusión de las sociedades anónimas abiertas podría constituir un privilegio. De acuerdo con la sentencia C-345 de 2019, las normas que crean privilegios deben, en principio, ser sometidas a un escrutinio estricto. En este caso, sin embargo, la Corte considera que no es procedente aplicar un juicio estricto puesto que (i) la medida no afecta de forma intensa derechos fundamentales y (ii) llevar a cabo un escrutinio de esta intensidad desconocería el amplio margen de configuración que la Constitución reconoce al legislador para fijar el régimen de inhabilidades en la contratación pública. A juicio de la Sala Plena, en casos como estos, el test que mejor armoniza el principio democrático con la vigencia de principios y derecho constitucionales no fundamentales es el de intensidad intermedia.

(c) La exclusión de las sociedades anónimas abiertas no satisface las exigencias del juicio de igualdad de intensidad intermedia

142. El juicio integrado de igualdad de intensidad intermedia exige constatar que la medida

(i) persigue una finalidad constitucionalmente importante; (ii) es efectivamente conducente para alcanzar dicha finalidad y (iii) no es evidentemente desproporcionada.

143. La Sala Plena considera que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, no satisface las exigencias del juicio de igualdad de intensidad intermedia. Esto, porque a pesar de que persigue finalidades que en abstracto son constitucionalmente importantes y es efectivamente conducente, causa una afectación evidentemente desproporcionada al derecho a la igualdad, restringe manifiestamente la lucha contra la corrupción, limita irrazonablemente la vigencia de los principios de la función administrativa y pone en riesgo los intereses de los inversionistas que compran acciones de estas sociedades en el mercado público de valores.

* Finalidad constitucionalmente importante

144. La Corte Constitucional ha sostenido que una finalidad es constitucionalmente importante cuando “promueve intereses públicos valorados por la Carta”.

145. La Sala considera que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas persigue una finalidad constitucionalmente importante: proteger la libertad de empresa. Como se expuso, los antecedentes legislativos de la Ley 2014 de 2019 evidencian que el legislador dispuso exceptuar a las sociedades anónimas abiertas como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión con el propósito de proteger la libertad de empresa de estas sociedades y salvaguardar los derechos de los otros accionistas. En efecto, el Congreso rechazó la propuesta de los autores del proyecto de incluirlas, con fundamento en que estas sociedades “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 (...)” (párr. 106 supra). En el mismo sentido, en la sentencia C-353 de 2009 la Corte Constitucional consideró que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas prevista en la versión original del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, que introdujo la Ley 1150 de 2007, se justificaba pues podría considerarse que el legislador “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”.

146. La Sala Plena considera que la protección de la libertad de empresa de las sociedades anónimas abiertas, así como la garantía de los derechos de los accionistas, constituye una finalidad constitucionalmente importante. Esto, por al menos tres razones. Primero, conforme al artículo 333 de la Constitución, (i) la libertad de empresa es un derecho constitucional y (ii) la empresa es la base del desarrollo, por la que el Estado deberá promover su fortalecimiento. Segundo, de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución, las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación “son de interés público”. Tercero, la Corte Constitucional ha resaltado que las sociedades anónimas abiertas son instrumento para promover la democratización de la propiedad accionaria. En tales términos, la protección de la libertad de empresa de las sociedades anónimas abiertas, quienes ejercen actividades bursátiles relacionados con en el manejo de recursos del público, promueve la protección e intereses públicos valorados y reconocidos por la Constitución y la jurisprudencia.

- Efectiva conducencia

147. La jurisprudencia constitucional ha precisado que una medida es efectivamente conducente si no es un medio prohibido por la Constitución y, además, contribuye a alcanzar las finalidades que persigue.

148. La Sala Plena encuentra que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas es efectivamente conducente, porque contribuye a alcanzar las finalidades que persigue, esto es, proteger la libertad de empresa de las sociedades anónimas abiertas. Esto, porque permite que estas sociedades concurren libremente a los procesos de contratación con el Estado, sin sujeción a la restricción a su capacidad que se derivaría de la aplicación de la inhabilidad por extensión del inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. Esto implica que su capacidad para contratar con el Estado no se verá afectada por el hecho de que sus administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o socios controlantes hubieren sido condenados por los delitos y conductas previstas en el inciso 1º

del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993.

– Proporcionalidad en sentido estricto

149. La Corte Constitucional ha señalado que una medida es evidentemente desproporcionada si causa una restricción o sacrificio excesivamente gravoso a los derechos comprometidos, que no es compensado por la contribución o los beneficios que supone para la satisfacción de otros principios, derechos o intereses. En criterio de la Sala Plena, la exclusión de las sociedades anónimas abiertas es evidentemente desproporcionada porque contribuye apenas de forma leve a proteger la libertad de empresa de este tipo de sociedades y, en contraste, causa una restricción intensa al derecho a la igualdad, debilita la lucha contra la corrupción y afecta la vigencia de los principios constitucionales de la función administrativa (art. 209 de la CP).

* La exclusión contribuye apenas de forma leve a la protección de la libertad de empresa de las sociedades anónimas abiertas y de sus inversionistas

150. En la sentencia C-353 de 2009, la Corte examinó la constitucionalidad de la versión original del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, incorporado por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, el cual disponía que la inhabilidad que recaía sobre las personas naturales condenadas por delitos contra la administración pública se extendía a las sociedades de las que el inhabilitado directo fuera “socio”. Lo anterior, “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”. La Corte consideró que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas era constitucional, porque en este tipo de sociedades los accionistas no tienen la posibilidad “de controlar el ingreso de accionistas condenados judicialmente por los delitos previstos en la norma que se examina”, habida cuenta de que sus acciones se negocian libremente en el mercado público de valores. En este sentido, la exclusión evitaba que las sociedades anónimas abiertas quedaran inhabilitadas por el simple hecho de que un tercero condenado comprara una acción en el mercado público de valores, a pesar de que no tenían como impedirlo. De este modo, concluyó que la exclusión contribuía a proteger la libertad empresa, porque les permitía 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”.

151. La Corte considera que, a diferencia de la exclusión de las sociedades anónimas

abiertas que incorporó el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, la exclusión que está prevista en el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 (norma demandada) contribuye apenas de forma leve a proteger a la libertad de empresa de este tipo de sociedades. Esto es así, fundamentalmente porque la inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, tiene un ámbito de aplicación normativo sustancialmente más restringido que aquella que el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007 introdujo.

152. La inhabilidad por extensión que incorporó el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007 aplicaba a todas las sociedades de las que el inhabilitado directo hiciera parte en calidad de “socio”. En contraste, el inciso 3º de la Ley 2014 de 2019 sólo extiende la inhabilidad a las sociedades en las que el inhabilitado directo forme parte en calidad de administrador, representante legal, miembro de junta directiva o socio “controlante”:

Normas objeto de control

Art. 18 de la Ley 1150 de 2007

(C-353 de 2009)

Art. 2 de la Ley 2014 de 2019

(norma demandada)

“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.

(...)

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”.

“Artículo 2. Inhabilidad para contratar. Modifíquese el literal j) del numeral 1 del artículo 8º

de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

(...)

j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 y sus normas modificatorias o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Esta inhabilidad procederá preventivamente aún en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria.

Asimismo, la inhabilidad se extenderá a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

153. La Sala Plena considera que la diferencia de la “calidad” en la que tiene que actuar el inhabilitado directo, para que la inhabilidad se extienda a las sociedades de las que forma parte, es esencial para el examen de constitucionalidad, así como para determinar el impacto que la inclusión de las sociedades anónimas abiertas podría causar para el ejercicio de la libertad de empresa. El factor determinante que según la sentencia C-353 de 2009 justificaba la exclusión de las sociedades anónimas abiertas de la inhabilidad por extensión era la falta de conocimiento y control que tenían este tipo de sociedades y sus accionistas sobre el hecho que daba lugar a la inhabilidad: el ingreso a la sociedad de una persona que ha sido condenada por delitos contra la administración pública.

154. Este factor no está presente en la norma demandada, pues el supuesto de hecho que da lugar a la extensión de inhabilidad es diferente. Al respecto, la Sala resalta y reitera que el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 dispone que la inhabilidad sólo se extiende si el inhabilitado directo (persona natural condenada por las conductas previstas en el inciso 1º)

hace parte de la sociedad en calidad de administrador, representante legal, miembro de junta directiva o socio “controlante”. A diferencia de lo que ocurre con el ingreso de “socios”, (i) las sociedades anónimas abiertas y el resto de los accionistas sí tienen control sobre las personas naturales que ejercen funciones de administración (administradores, representantes legales y miembros de junta directiva). Por otro lado, el (ii) poder decisorio de los simples “socios” es, naturalmente, sustancialmente diferente al de los socios “controlantes” y (iii) conforme la regulación de las OPA prevista en el Decreto 2555 de 2010, las sociedades anónimas abiertas y sus accionistas tienen conocimiento sobre la compra de acciones que puedan tener como efecto un cambio en el control. En cualquier caso, (iv) la inhabilidad por extensión sólo se mantendrá vigente mientras estas personas formen parte de la sociedad.

156. Segundo. Los socios “controlantes” son sustancialmente diferentes a los “socios” que no ejercen control. Conforme a los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, modificados por la Ley 222 de 1995, son socios controlantes quienes tienen poder de decisión en la sociedad. Lo anterior, en razón de la mayoría accionaria (más del 50%) o decisoria que ostentan, o en virtud de un acto o negocio que les permite ejercer influencia dominante en la sociedad. Esta posición de control, así como el poder decisorio que de ahí se deriva, diferencia claramente al socio o accionista controlante de cualquier otro accionista de las sociedades anónimas abiertas. Además, implica que la simple compra de una acción por un tercero en el mercado público de valores que ha sido condenado por delitos previstos en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 no supone que la sociedad anónima abierta quedará inhabilitada para contratar. Esto, porque, se reitera, a diferencia de lo que ocurría con la inhabilidad por extensión prevista en la Ley 1150 de 2007, la norma demandada en este caso dispone que la sociedad anónima abierta sólo será objeto de la inhabilidad por extensión si el inhabilitado directo tiene la calidad de socio “controlante”.

157. Tercero. La Sala resalta que, conforme al Decreto 2555 de 2010, las transacciones de compraventa de acciones que supongan un cambio en el control accionario de las sociedades anónimas abiertas están sujetas a las reglas de las OPA. En efecto, este decreto dispone que una persona o grupo de personas “sólo podrá convertirse en beneficiario real de una participación igual o superior al veinticinco por ciento (25%) del capital con derecho a voto de una sociedad cuyas acciones se encuentren inscritas en bolsa de valores, adquiriendo los valores con las cuales se llegue a dicho porcentaje a través de una oferta pública de

adquisición” (OPA). Asimismo, prevé que toda persona o grupo de personas que sea beneficiario real de una participación igual o superior al veinticinco por ciento (25%) del capital con derecho a voto de la sociedad, “sólo podrá incrementar dicha participación en un porcentaje superior al cinco por ciento (5%), a través de una oferta pública de adquisición conforme a lo establecido en el presente decreto”.

158. Esto implica que, a diferencia de lo que ocurre con la simple compra de una acción, los accionistas de una sociedad anónima sí tienen conocimiento sobre las personas que ingresan a la sociedad que eventualmente podrán hacerse al control societario. Esto, porque el Decreto 2055 de 2010 exige que (i) de forma previa a la realización de la oferta pública de adquisición, el oferente solicite la autorización de la operación a la Superintendencia Financiera de Colombia, (ii) luego, el oferente deberá dirigir la OPA a todos los titulares de acciones, y (iii) el oferente debe publicar el aviso de oferta pública de adquisición por lo menos tres (3) veces, con intervalos no mayores de cinco (5) días comunes, “en forma destacada en las páginas económicas de un diario de amplia circulación nacional”.

159. Como se expuso, la Superintendencia Financiera ha enfatizado que estas reglas “están encaminadas a suministrar información suficiente y mecanismos de protección a los inversionistas dentro de los procesos de adquisición y concentración surtidos en las sociedades por acciones inscritas en bolsa de valores”. Lo anterior, con el propósito de “proteger a los accionistas minoritarios en las sociedades que se encuentran inscritas en bolsa de valores frente a los cambios de control que ocurran, mediante la obligación de que dichos cambios solamente se puedan efectuar a través de una oferta pública de adquisición”. La OPA les permite a estos accionistas conocer quién es el oferente y, eventualmente, vender una porción o la totalidad de sus acciones.

160. Cuarto. La Sala advierte que la extensión de la inhabilidad prevista en la norma demandada a las sociedades anónimas abiertas, cuando quiera que el inhabilitado directo sea socio “controlante”, no implicaría una restricción absoluta de su derecho a contratar con el Estado. Esto, porque la inhabilidad sólo se extiende mientras el inhabilitado “haga parte” de la sociedad. Esto implica que, si el socio controlante vende sus acciones en una proporción que implique la pérdida de control, y por cualquier otra causa deja de ejercer poder decisorio en los términos de la Ley 222 de 1995, la sociedad anónima abierta quedaría nuevamente habilitada para contratar con el Estado. Por lo demás, si el socio mayoritario se

rehúsa injustificadamente a vender sus acciones en perjuicio de los intereses de la sociedad y el resto de los accionistas, en principio es posible que los minoritarios interpongan, entre otras, acciones judiciales por abuso del derecho.

161. En síntesis, la Corte concluye que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas sólo contribuye de forma leve a la protección de la libertad de empresa. Del mismo modo, extender la inhabilidad a las sociedades anónimas abiertas sólo causaría una restricción leve al derecho a la libertad de empresa. Esta conclusión se fundamenta en las siguientes premisas:

161.1. El ámbito de aplicación subjetivo de la inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 es restringido. Esto, porque la inhabilidad sólo se extiende si el inhabilitado directo forma parte de la sociedad en calidad de administrador, representante legal, miembro de junta directiva o socio controlante. La inhabilidad no se extiende por el simple hecho de que un tercero compre una acción en el mercado público de valores. Esta diferencia, distingue el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 del artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, que fue examinado por la Corte en la sentencia C-353 de 2009.

161.2. Las sociedades anónimas abiertas tienen pleno control sobre las personas que ejercen funciones de administración. Esto, porque el representante legal y los miembros de junta directiva son nombrados, designados y pueden ser removidos por la Asamblea General.

161.3. Los socios “controlantes” de las sociedades anónimas abiertas tienen, por definición, un rol e injerencia decisoria distinta al de los simples “socios”. Esto, porque conforme al Código de Comercio, existe control sobre una sociedad únicamente cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que se denominan controlantes.

161.4. La Sala resalta que, a diferencia de lo que ocurre con la simple compra de una acción en el mercado público de valores, las transacciones de compraventa de acciones que supongan un cambio en el control accionario de las sociedades anónimas abiertas están sujetas a las reglas de las OPA. Estas reglas están encaminadas a proteger los derechos de los accionistas minoritarios, pues les permiten conocer las calidades del oferente y, eventualmente, venderle, en todo o en parte, sus acciones.

161.5. La inhabilidad por extensión no implica una restricción absoluta e infranqueable para contratar con el Estado. Esto, porque la inhabilidad por extensión es una inhabilidad preventiva que sólo se mantiene vigente mientras el inhabilitado directo haga parte de la sociedad en calidad de administrador, representante legal, miembro de junta directiva o socio controlante. Así lo ha reconocido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. En este sentido, la sociedad anónima abierta no estaría cobijada por la inhabilidad por extensión prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, si (i) remueve al inhabilitado directo de los órganos de administración o (ii) cuando el inhabilitado directo es socio controlante, este vende sus acciones en una proporción que implique la pérdida de control accionario, o por cualquier otra razón, deja de ejercer control.

- La exclusión de las sociedades anónimas abiertas afecta de forma intensa el principio de igualdad, la lucha contra la corrupción y los principios de la función administrativa

162. La Sala Plena considera que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión afecta de forma intensa la lucha contra la corrupción, los principios de la función administrativa y el principio de igualdad. Asimismo, exceptúa de forma a injustificada a las sociedades anónimas abiertas controladas por personas condenadas por delitos contra la administración pública de la prohibición para contratar con el Estado prevista en el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución y pone en riesgo los recursos de los inversionistas. Esto, por las siguientes razones:

163. Primero. La Corte Constitucional ha señalado que las inhabilidades requisito, tales como la inhabilidad por extensión prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, buscan materializar los principios de la función administrativa en el marco de los contratos públicos. Asimismo, ha enfatizado que la corrupción afecta severamente el correcto funcionamiento de la administración pública. Por lo tanto, “ante la grave afectación que los actos de corrupción irrogan a bienes jurídicos intrínsecamente valiosos relacionados con principios y valores constitucionales, toda actuación que tenga por objeto la prevención del fenómeno [de corrupción] es, no sólo acorde a la Carta, sino también una vía adecuada y necesaria para la realización de las finalidades del aparato estatal”.

164. A juicio de la Sala Plena, la exclusión de las sociedades anónimas abiertas como sujetos pasivos de la inhabilidad prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 restringe

de forma clara y manifiesta la lucha contra la corrupción y afecta manifiestamente los principios de la función administrativa. Esto, porque permite que una persona que ha sido condenada por delitos contra la administración pública, cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011 o ha incurrido en las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, contrate con el Estado por intermedio de sociedades anónimas abiertas de las que forma parte en calidad de socio controlante. Asimismo, le permite celebrar y participar en la ejecución de contratos públicos aun cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo de la sociedad anónima de la que es socio controlante o administrador, representante legal o miembro de junta directiva.

165. Segundo. La exclusión de las sociedades anónimas abiertas exceptúa de forma injustificada la prohibición para contratar con el Estado prevista en el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución.

166. El inciso 5º del artículo 122 de la Constitución prevé una inhabilidad conforme a la cual las personas naturales que han sido condenadas por delitos que afecten el patrimonio del Estado no podrán contratar con el Estado, personalmente o por “interpuesta persona”. La imposibilidad para contratar con el Estado por “interpuesta persona” tiene como finalidad evitar que la prohibición sea burlada por el inhabilitado directo por medio de la contratación a través de terceros.

167. A juicio de la Sala, la exclusión de las sociedades anónimas abiertas como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión permite sin justificación suficiente lo que el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución prohíbe: que el inhabilitado directo contrate con el Estado a través de una tercera persona, en este caso, la sociedad anónima abierta de que el inhabilitado directo es socio controlante. La Sala reitera que, conforme al artículo 26 de la Ley 222 de 1995, una sociedad “será subordinada o controlada” cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad otra persona. En este sentido, al disponer que las sociedades anónimas abiertas no están cobijadas por la inhabilidad por extensión, la norma permite que sociedades anónimas abiertas que están sometidas a la voluntad de personas que han sido condenadas por delitos contra el patrimonio público contraten con el Estado.

168. Tercero. La Sala Plena ha señalado que el principio de igualdad en la contratación

estatal “se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en (...) estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato”. El principio de igualdad en materia contractual prohíbe el otorgamiento de privilegios, esto es, tratos favorables -económicos, procesales o sustantivos- a ciertos grupos de participantes en la contratación estatal que carecen de justificación constitucional y son arbitrarios.

169. La exclusión de las sociedades anónimas abiertas vulnera el derecho a la igualdad en la contratación estatal. Esto, porque les confiere un privilegio que carece de justificación constitucional. Este privilegio consiste en que estas sociedades podrán contratar con el Estado, a pesar de que sus administradores, representantes legales, miembros de junta directiva y socios controlantes hayan sido condenados por las conductas previstas en el inciso 1º de la Ley 2014 de 2019. En contraste, las sociedades anónimas cerradas, así como el resto de los tipos societarios, no pueden contratar con el Estado mientras el inhabilitado directo permanezca en la sociedad en tales calidades. En tales términos, la norma demandada favorece a las sociedades anónimas abiertas pues les confiere mayores oportunidades para entablar relaciones con el Estado, a pesar de que se encuentran en la misma situación fáctica y jurídica que el resto de las sociedades a quienes sí cubre la inhabilitación por extensión. Este favorecimiento carece de justificación constitucional suficiente.

170. Cuarto. La exclusión de las sociedades anónimas abiertas pone en riesgo los recursos de los inversionistas. La Sala Plena reitera que las sociedades anónimas abiertas realizan una actividad que depende de la confianza pública: la captación de recursos de terceros. Por esta razón, la Constitución y la ley les imponen exigentes deberes y principios de gobierno corporativo que garanticen el adecuado manejo de tales recursos. Permitir que las sociedades anónimas abiertas contraten con el Estado, a pesar de que sus administradores y socios controlantes han sido condenados por delitos contra el patrimonio público y han incurrido en actos de corrupción o soborno transnacional, afecta severamente los derechos de los inversionistas, puesto que avala que sus recursos sean manejados por personas que no gozan de buena reputación moral y profesional, ni de la integridad, probidad e idoneidad necesarias para administrar sus inversiones. Habida cuenta de la importancia de las actividades que llevan a cabo las sociedades anónimas abiertas, las restricciones para contratar con el Estado, derivadas de la falta de probidad de sus administradores y socios

controlantes, deberían ser más exigentes y no más favorables, como los dispone la norma demandada.

171. Conclusión y remedio. Con fundamento en tales consideraciones, la Sala concluye que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º del literal j del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, es contraria a la Constitución. Por esta razón, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

() Examen de constitucionalidad de la expresión “sociedades”

172. 172. Posición del demandante e intervinientes. Los incisos 3º y 5º del artículo 2º de la Ley 2014 de 2019 disponen que la inhabilidad que recae sobre la persona natural se extiende a las “sociedades” de las que este haga parte en calidad de administrador, representante legal, miembro de junta directiva o socio controlante. El demandante sostiene que la expresión “sociedades” implica que la inhabilidad por extensión no cubre a las personas o entidades jurídicas son ánimo de lucro con “ropaje distinto al societario”, las cuales también podrían ser utilizadas por el inhabilitado directo para entablar relaciones contractuales con el Estado. En su criterio, la no inclusión de estos sujetos vulnera los artículos 13 y 122 (inc.5º) de la Constitución. Por esta razón, solicita declarar la exequibilidad condicionada de la norma en el entendido de que abarca “a todas las personas jurídicas de derecho privado con capacidad para contratar”. El Ministerio Público, el Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas y la Corporación Transparencia por Colombia coadyuvieron la solicitud del demandante.

173. Análisis de la Sala. Para resolver el cargo, la Sala Plena empleará el juicio integrado de igualdad. En este sentido, estudiará si la expresión “sociedades” otorga un trato diferente prima facie contrario al principio de igualdad y al artículo 122 (inc.5º) de la Constitución. Luego, determinará la intensidad del test que debe aplicar (leve, intermedio o estricto). Por último, examinará si la expresión demandada satisface las exigencias de este juicio.

a. (a) La expresión “sociedades” es prima facie contraria a los artículos 13 y 122 (inc.5º) de la Constitución

174. 174. Criterio de comparación. Los sujetos a comparar en este caso son: las sociedades y las ESAL. La Sala Plena considera que los criterios relevantes para examinar si estos grupos de sujetos son comparables para efectos de la aplicación de la inhabilidad por extensión prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, son: (i) la capacidad para contratar con el Estado y (ii) la posibilidad de que sean usadas por los inhabilitados directos como un instrumento para eludir la inhabilidad preventiva para contratar con el Estado que sobre ellos recae por haber incurrido en las conductas previstas en los incisos 1º y 2º. Esto, por las mismas razones que fueron expuestas en la sección anterior (párr. 130-132supra).

175. Comparabilidad de los sujetos. La Sala Plena encuentra que, a la luz de estos criterios de comparación, las ESAL y las sociedades son sujetos comparables desde el punto de vista fáctico y jurídico. Esto, por las siguientes dos razones:

175.1. Las ESAL, así como el resto de las sociedades, gozan de plena capacidad para contratar con el Estado. En efecto, el artículo 6º de la Ley 80 de 1993, dispone que “[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”. Las ESAL son personas jurídicas legalmente capaces. Por lo demás, la Sala Plena resalta que el artículo 355 de la Constitución, reglamentado por el Decreto 092 de 2017, incentiva la contratación pública con las ESAL para el cumplimiento de los planes de desarrollo del gobierno nacional y de las entidades territoriales.

175.2. Las ESAL, al igual que las sociedades, pueden ser utilizadas por los inhabilitados directos para contratar con el Estado por interpuesta persona. En efecto, es perfectamente posible que una persona que se encuentre inhabilitada para contratar con el Estado por la comisión de las conductas previstas en el inciso 1º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, forme parte de una ESAL en calidad de administrador, representante legal o miembro de los órganos de administración (consejo o junta). Asimismo, es posible que el inhabilitado directo sea un fundador, asociado o miembro que ejerza control decisorio sobre la entidad o que la ESAL sea la socia controlante o beneficiaria real de otras sociedades comerciales o grupos empresariales.

176. Ahora bien, la Sala Plena reconoce que las ESAL tienen algunas diferencias con las sociedades en cuanto a su objeto, finalidad y régimen legal. Habida cuenta de estas

diferencias, la Corte Constitucional ha reconocido que “estas suelen tener un tratamiento diferenciado o especial en diversos aspectos (...) como en el escenario fiscal o tributario”. Sin embargo, la Sala Plena considera que estas diferencias no suponen que las ESAL no sean comparables al resto de las sociedades para efectos de la extensión de la inhabilidad prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. Esto, porque el estudio de comparabilidad exige que los sujetos sean razonablemente asimilables a la luz de los criterios de comparación relevantes, no que se encuentren en una idéntica situación fáctica y jurídica. En atención a los criterios de comparación citados, en este caso las similitudes entre las ESAL y las sociedades son más relevantes que las diferencias.

177. Afectación prima facie. La Sala considera que de la expresión “sociedades” deriva un trato diferenciado entre los grupos de sujetos comparables que, prima facie, afecta el principio de igualdad en la contratación estatal. El trato diferenciado consiste en que, a pesar de ser sujetos comparables, la inhabilidad por extensión no aplica respecto de las ESAL, mientras que sí cubre al resto de las sociedades, subordinadas, matrices y grupos empresariales. Esto supone que las ESAL están habilitadas para contratar con el Estado, aun si sus administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o asociados con control decisorio han sido condenados por las conductas previstas en el inciso 1º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. En contraste, el resto de las sociedades que se encuentran en la misma situación fáctica y jurídica no podrán hacerlo. En efecto, así lo han reconocido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y Colombia Compra Eficiente. Al respecto, han señalado que, dado que las inhabilidades son de interpretación restrictiva y el término “sociedades” está definido en la legislación civil y comercial, la inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, no es aplicable a las ESAL.

178. Por otra parte, la Sala Plena encuentra que este trato diferenciado, además, es prima facie contrario al inciso 5º del artículo 122 de la Constitución. Lo anterior, porque, se reitera, esta disposición constitucional prevé una inhabilidad para contratar con el Estado personalmente o por “interpuesta persona”, a las personas que han sido condenadas por delitos que afectan el patrimonio público. El término “interpuesta persona” también cubre a las personas o entidades jurídicas sin ánimo cuya voluntad social esté sometida al control de una persona que ha sido condenada por delitos contra la administración pública. En tales términos, la exclusión de las ESAL como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión

prevista en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 en principio habilitaría que personas condenadas por delitos contra el patrimonio público pudieran contratar con el Estado por intermedio de ESAL respecto de las cuales ejercen poder decisorio.

179. La diferencia de trato, así como la incompatibilidad prima facie con el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución, no implican que la expresión “sociedades” sea per se contraria a la Constitución. La Corte debe examinar si esta diferencia de trato e incompatibilidad prima facie están justificadas, para lo cual debe emplear el juicio integrado de igualdad conforme a la intensidad que corresponda.

(b) La Corte debe emplear un juicio de igualdad de intensidad intermedia

180. La Sala Plena considera que, para evaluar si la no inclusión de las ESAL en el supuesto de hecho de la inhabilidad por extensión se encuentra constitucionalmente justificada, debe emplear un juicio de igualdad de intensidad intermedia. Lo anterior, por las mismas razones que fueron expuestos en la sección precedente (párrs. 138-141supra).

(c) La expresión “sociedades” no satisface las exigencias del juicio de igualdad de intensidad intermedia

181. El juicio integrado de igualdad de intensidad intermedia exige constar que la medida (i) persigue una finalidad constitucionalmente importante; (ii) es efectivamente conducente para alcanzar dicha finalidad y (iii) no es evidentemente desproporcionada.

182. La Sala Plena considera que la no inclusión de las ESAL como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión, prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, no satisface las exigencias del juicio de igualdad de intensidad intermedia. Esto porque carece de justificación constitucional y no persigue ninguna finalidad constitucionalmente importante. Esta conclusión, está fundada en las siguientes tres premisas:

183. Primero. Los antecedentes legislativos del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones no permiten inferir cuál es la finalidad que el legislador buscaba satisfacer al no incluir a las ESAL como sujetos pasivos de la inhabilidad. Por el contrario, la revisión de estos antecedentes evidencia que el uso del término “sociedades” en los incisos

3º y 5º realmente no tuvo por objeto restringir el ámbito de aplicación de la inhabilidad por extensión.

184. La Sala reitera que la inhabilidad por extensión fue incorporada por el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007, que adicionó el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. La disposición originalmente propuesta en el proyecto de ley preveía que la inhabilidad se extendería a todas “las personas jurídicas” de las que hiciera parte el inhabilitado directo. Esta redacción se mantuvo sin modificaciones hasta los últimos debates en plenaria de Cámara y Senado. Fue sólo hasta la publicación del texto conciliado entre Cámara y Senado que se incluyó la palabra “sociedades” en reemplazo del término “personas jurídicas”. Sin embargo, en el informe de conciliación la comisión no se expuso las razones por las cuales se introdujo este cambio. El uso del término “sociedades” ha sido reiterado por el legislador en las leyes 1474 de 2011, 1778 de 2016 y 2014 de 2019 sin ningún debate ni consideración que permita inferir que ha tenido por objeto, efectivamente, excluir a las ESAL.

185. Segundo. La Sala advierte que una interpretación sistemática del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, permite inferir que el uso del término “sociedades” responde a una imprecisión del legislador. Esto, porque, a diferencia del inciso 3º, el inciso 4º extiende la inhabilidad por aplicación del principio de oportunidad a todas las “personas jurídicas”, no sólo a las “sociedades”. Al respecto, dispone que “[t]ambién se considerarán inhabilitadas para contratar, las personas jurídicas (...) cuyos representantes legales, administradores de hecho o de derecho, miembros de junta directiva o sus socios controlantes, sus matrices, subordinadas y/o las sucursales de sociedades extranjeras, hayan sido beneficiados con la aplicación de un principio de oportunidad por cualquier delito contra la Administración pública o el patrimonio del Estado”.

186. En criterio de la Sala Plena, sería abiertamente contradictorio inferir que el legislador quiso extender la inhabilidad a todas las personas jurídicas -incluidas las ESAL-, cuando el inhabilitado directo se hubiera beneficiado con la aplicación de un principio de oportunidad, pero, en contraste, limitó deliberadamente la extensión de la inhabilidad únicamente a las “sociedades”, en aquellos eventos en los que el inhabilitado fuera condenado por las conductas previstas en el inciso 1º. Esto, porque no parece razonable que el legislador haya querido ser más benigno con los sujetos condenados que con aquellos que se benefician de

un principio de oportunidad. La Sala Plena encuentra que esta aparente paradoja permite concluir que el uso del término “sociedades” en el inciso 3º no pretendía excluir a las ESAL del ámbito de aplicación subjetivo de la inhabilidad por extensión.

187. Tercero. La evolución normativa del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 demuestra que sus modificaciones han tenido por objeto fortalecer la lucha contra la corrupción y ajustar la legislación, con el propósito de cumplir con los compromisos internacionales asumidos por el Estado conforme a las recomendaciones de la OCDE. En efecto, en el informe de la OCDE de diciembre 2012 sobre la implementación de la Convención Antisoborno, se llamó la atención sobre los vacíos en el régimen de responsabilidad por conductas de corrupción de las personas jurídicas sin ánimo de lucro. Estas recomendaciones han sido invocadas en los proyectos de ley, así como en los debates legislativos que han conducido a las modificaciones al literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993 (ver párr. 102 supra). En tales términos, la Sala Plena considera que no sería razonable concluir que el legislador, a pesar de querer implementar tales recomendaciones, quiso excluir a las personas jurídicas no societarias del ámbito de aplicación subjetivo de la inhabilidad por extensión.

188. Ahora bien, la Sala reconoce que las ESAL desarrollan actividades de interés o beneficio social tales como, entre otras, la salud, el deporte, la educación, la investigación científica, tecnológica, ecológica. Asimismo, el artículo 355 dispone que el Gobierno nacional está facultado para “celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”. En este sentido, en principio podría inferirse que la exclusión de las ESAL del ámbito de aplicación de algunas inhabilidades podría, en algunos escenarios, buscar fomentar estas actividades de beneficio social e impulsar programas de interés público. En cualquier caso, aun si esto fuera así, esta interpretación de la norma demandada sería en todo caso inconstitucional. Lo anterior, porque por las mismas razones que fueron expuestas en la sección precedente (párrs. 162-170supra), la exclusión de personas jurídicas con capacidad para contratar con el Estado como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión, afecta de forma intensa la lucha contra la corrupción, los principios de la función administrativa y el principio de igualdad.

189. Conclusión y remedio. Con fundamento en tales consideraciones, la Sala concluye que el término “sociedades” previsto en los incisos 3º y 5º del literal j del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, es infra inclusivo. Esto, porque, habida cuenta del carácter restrictivo de la interpretación de las inhabilidades, su efecto normativo es excluir como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión a otras personas jurídicas (las ESAL) que están ubicadas en la misma situación fáctica y jurídica que las sociedades, a la luz del fin buscado por la norma.

190. La Corte Constitucional ha señalado que en aquellos casos en los que las expresiones demandadas son compatibles con la Constitución, pero no cobijan a todos los sujetos que están ubicados en la misma situación fáctica y jurídica, debe proferir una sentencia integradora de tipo aditiva. Las sentencias integradoras de tipo aditiva son aquellas en las que la Corte extiende las consecuencias normativas de la norma demanda “a los supuestos excluidos de manera injustificada”. Lo anterior, con el objeto de “mantener en el ordenamiento el contenido que, en sí mismo, no resulta contrario a la Carta, pero incorporando al mismo aquel aspecto omitido, sin el cual la disposición es incompatible con la Constitución”.

191. La Sala Plena considera que en este caso debe proferir una sentencia de tipo aditiva. Esto, porque la expresión “sociedades” no es contraria a la Constitución, sin embargo, excluye del ámbito de aplicación subjetivo de la inhabilidad por extensión a las personas jurídicas sin ánimo de lucro (ESAL) que se encuentran en la misma situación fáctica y jurídica. En tales términos, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “sociedades”, en el entendido de que la inhabilidad también se extenderá a todas las personas jurídicas sin ánimo de lucro con capacidad para contratar con el Estado.

III. III. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

192. La demanda. Un ciudadano presentó acción pública de inconstitucionalidad en contra de las expresiones “sociedades” y “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”, previstas en el literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019. Esto, por considerar que estas expresiones vulneran los artículos 13 y 122 (inc.5º) de la Constitución Política de 1991, porque excluyen de la inhabilidad por extensión para contratar con el Estado a (i) las personas jurídicas sin ánimo de lucro con

capacidad para contratar con el Estado y (ii) las sociedades anónimas abiertas. En su criterio, estas exclusiones carecían de justificación constitucional, pues concedían una gabela para que administradores o controlantes condenados por corrupción utilicen dichas figuras asociativas como vehículo para acceder a la contratación pública.

i. (i) Examen de constitucionalidad de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”

194. La Sala Plena concluyó que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, vulneraba los artículos 13 y 122 (inc.5º) de la Constitución, por dos razones:

195. Primero. La exclusión violaba el artículo 13 de la Constitución Política, porque creaba un trato diferenciado injustificado entre las sociedades anónimas abiertas y el resto de las sociedades. El trato diferenciado consistía en que, a pesar de ser sujetos comparables, la inhabilidad por extensión no cobijaba a las sociedades anónimas abiertas. Esto suponía que las sociedades anónimas abiertas estaban habilitadas para contratar con el Estado, aun si sus administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o socios “controlantes” habían sido condenados por las conductas previstas en el inciso 1º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993. En contraste, el resto de las sociedades que se encontraban en la misma situación fáctica y jurídica no podían hacerlo.

196. Segundo. La Sala Plena encontró que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas contrariaba el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución, el cual dispone que no podrán contratar con el Estado personalmente o por “interpuesta persona” quienes hayan sido condenados “por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado”. Lo anterior, dado que permitía que personas naturales que hubieren sido condenadas por delitos que afectaran el patrimonio público y que tuvieran la calidad de socios controlantes, pudieran contratar con el Estado por interpuesta persona, a través de las sociedades anónimas abiertas que controlaban. La Corte consideró que la diferencia de trato, así como la excepción a la prohibición prevista en el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución, no superaba el juicio integrado de igualdad de intensidad intermedia. Esto, porque a pesar de que, en abstracto perseguía finalidades constitucionalmente importantes y era efectivamente

conducente, producía una afectación evidentemente desproporcionada del derecho a la igualdad, restringía injustificadamente la lucha contra la corrupción y contrariaba los principios constitucionales de la función administrativa.

197. Con fundamento en estas consideraciones, resolvió declarar la inexecutable de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”, prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019.

(i) Examen de constitucionalidad de la expresión “sociedades”

198. La Sala Plena encontró que la expresión “sociedades”, prevista en los incisos 3º y 5º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, era infra inclusiva.

199. La Sala Plena resaltó que esta expresión implicaba que la inhabilidad por extensión no cobijaba a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que también tienen capacidad para contratar con el Estado. En este sentido, a diferencia de las sociedades, las personas jurídicas sin ánimo de lucro estaban habilitadas para contratar con el Estado, aun si sus administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o asociados con control decisorio habían sido condenados por las conductas previstas en el inciso 1º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993.

200. La Corte concluyó que la no inclusión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro generaba una diferencia de trato que contrariaba el artículo 13 de la Constitución y exceptuaba la prohibición para contratar con el Estado prevista en el artículo 122 (inc.5º) de la Constitución. A partir de un juicio de igualdad de intensidad intermedia, la Sala Plena encontró que la no inclusión de las personas jurídicas sin ánimo de lucro carecía de justificación constitucional, por cuanto no perseguía ninguna finalidad constitucionalmente importante. Al respecto, resaltó que los antecedentes legislativos del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, así como los de todas sus modificaciones, no permitían inferir cuál era la finalidad que el legislador buscaba alcanzar al restringir la aplicabilidad de la inhabilidad por extensión a las personas jurídicas sin ánimo de lucro.

201. Con fundamento en estas consideraciones, la Corte resolvió declarar la exequibilidad de

la expresión “sociedades”, en el entendido de que la inhabilidad prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, también se extenderá a todas las personas jurídicas sin ánimo de lucro con capacidad para contratar con el Estado.

202. Conclusión. En síntesis, la Sala Plena de la Corte Constitucional reafirmó que toda la sociedad y las autoridades públicas tienen la obligación de prevenir la corrupción y combatir el destructivo legado que esta ha causado en la contratación pública. La Constitución Política no sólo no permite, sino que prohíbe que el legislador habilite injustificadamente que, por intermedio de personas jurídicas sin ánimo de lucro o sociedades anónimas abiertas, las personas naturales que han sido condenadas por conductas que afectan el patrimonio público puedan contratar con el Estado. La Corte resaltó que la probidad, integridad e idoneidad de las personas naturales que ejercen cargos de dirección y tienen injerencia en las decisiones de las personas jurídicas sin ánimo de lucro y las sociedades anónimas abiertas, es fundamental para proteger el interés general, salvaguardar los recursos de los inversionistas del mercado público de valores y garantizar la adecuada celebración y ejecución de los contratos públicos, conforme a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución.

203. En criterio de la Sala Plena, las expresiones demandadas restringían la lucha contra la corrupción, creaban tratos diferentes injustificados entre personas jurídicas con capacidad para contratar con el Estado y exceptuaban, en algunos casos, la aplicación de los principios de la función administrativa, lo cual era inadmisibles y obstaculizaba la satisfacción de las finalidades del Estado Social de Derecho. Por esta razón, la Corte declaró su inexecutable y exequibilidad condicionada, con el objeto de que la inhabilidad por extensión también cobijara a las sociedades anónimas abiertas, así como a todas las personas jurídicas sin ánimo de lucro con capacidad para contratar con el Estado.

. 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

PRIMERO. Declarar la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”, prevista en el inciso 3º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019.

SEGUNDO. Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “sociedades”, prevista en los incisos 3º y 5º del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 2014 de 2019, en el entendido de que la inhabilidad también se extenderá a todas las personas jurídicas sin ánimo de lucro con capacidad para contratar con el Estado.

Comuníquese, cúmplase y publíquese,

DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

Ausente con comisión

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Magistrado

Con aclaración de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA C-437 DE 2023

Referencia: expediente D-15.082

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, aclaro mi voto en relación con el alcance que la sentencia otorgó al inciso quinto del artículo 122 de la Constitución, en cuanto establece un conjunto de inhabilidades como sanción que no tienen nada que ver con las inhabilidades previstas en la disposición demandada. En mi concepto, el parámetro de control constitucional debió circunscribirse al artículo 13 de la Constitución, ya que el inciso quinto del artículo 122 de la Carta establece inhabilidades que no pueden servir de parámetro de control en los términos de la providencia.

El objeto de la norma demandada es disuadir a las personas jurídicas que contratan con el Estado para que no vinculen, nombren (en calidad de administradores, representantes legales o miembros de junta directiva) o tengan relaciones jurídicas (en calidad de “socios controlantes”), con las personas naturales declaradas responsables judicialmente por (i) la comisión de delitos contra la Administración pública, (ii) cualquiera de los delitos o faltas

contempladas por la Ley 1474 de 2011, (iii) cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia y (iv) con las personas jurídicas que hubieren sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.

Estas conductas, en sentido estricto, no corresponden a los supuestos que de manera autónoma –y sin que requiera una norma legal de desarrollo– contempla el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución, según el cual, están inhabilitados para contratar con el Estado directamente, “o por interpuesta persona”, de manera permanente, las personas naturales condenadas en Colombia o en el exterior por los siguientes delitos: (i) “que afecten el patrimonio del Estado”, (ii) “relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales”, (iii) “de lesa humanidad” y (iv) “narcotráfico”.

Finalmente, a diferencia de lo afirmado en la sentencia de la cual me aparto, no es posible entender que los supuestos que regula la norma legal demandada correspondan a casos de contratación “por interpuesta persona”, no solo porque la coincidencia normativa no se presenta, como se indicó, sino también porque el hecho de tener la calidad de administrador, representante legal o miembro de junta directiva, no implica que los contratos que la persona jurídica suscriba configuren el supuesto de “interpuesta persona”. En estos casos, tener alguna de las citadas calidades no necesariamente se traduce en un beneficio directo para el sancionado, y, por tanto, del cual se pueda derivar la inhabilidad para la persona jurídica de la que hace parte. Una cosa son las inhabilidades de las personas naturales que contempla el inciso quinto del artículo 122 de la Constitución y otra, muy distinta, las inhabilidades de las personas jurídicas contempladas en la disposición demandada.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

A LA SENTENCIA C-437/23

1. 1. En la Sentencia C-437 de 2023 la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”, prevista en el

inciso 3o del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2o de la Ley 2014 de 2019 y exequible la expresión “sociedades”, prevista en los incisos 3° y 5° del literal j) del artículo 8.1 de la misma regulación, en el entendido de que la inhabilidad también se extenderá a todas las personas jurídicas sin ánimo de lucro con capacidad para contratar con el Estado.

2. La Sala Plena consideró que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas desconocía el inciso 5° del artículo 122 de la Constitución, el cual dispone que no podrán contratar con el Estado personalmente o por “interpuesta persona” quienes hayan sido condenados “por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado”. En efecto, la norma permitía que personas naturales que hubieren sido condenadas por delitos que afectaran el patrimonio público y que tuvieran la calidad de socios controlantes, pudieran contratar con el Estado por interpuesta persona, a través de las sociedades anónimas abiertas que controlaban. La Corte consideró que la norma no superaba el juicio integrado de igualdad de intensidad intermedia.

3. Si bien comparto la decisión adoptada por la mayoría considero que la medida debió ser sometida a un test estricto de igualdad porque excluir a las sociedades abiertas de la inhabilidad para contratar con el Estado constituye un privilegio a favor de dichas sociedades.

4. Acorde con la jurisprudencia constitucional el juicio estricto se aplica en aquellos casos en los que “se examina una medida que crea un privilegio”. Esta categoría no es novedosa, en la Sentencia C-543 de 2007 la Sala Plena indicó que:

“(…) cuando una regulación se relacione con la atribución de dirección e intervención del Estado en la economía (...) el juez constitucional deberá respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política y, por lo mismo, solamente le resulta viable decretar la inexecuibilidad de una norma cuando ésta resulte inconstitucionalmente manifiesta. No obstante, la Corte ha advertido que dichas razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política deben ceder a favor de un control riguroso de constitucionalidad, cuando a pesar de que la medida legislativa corresponde a una materia de contenido económico y social, la misma (...) (iv) incorpora -sin causa aparente- un privilegio exclusivo para un sector determinado de la población” (negrilla no original).

5. Más adelante, en la Sentencia C-862 de 2008, la Corte optó por aplicar un test estricto de

igualdad al pronunciarse sobre un privilegio en la contratación pública que desfavorecía a las Mipymes. La Sala Plena consideró que “a pesar de que la diferencia de trato se establece en una materia de contenido económico (privilegios en la contratación pública) y por ello podría pensarse que la Sala debe adelantar un test débil de igualdad, (...) la regulación demandada excluye de la aplicación de medidas de discriminación positiva a micro, pequeñas y medianas empresas que, por su condición de debilidad en el mercado y por su importancia para generar fuentes de trabajo a personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, han sido objeto de fomento y apoyo especial por parte del Estado”.

6. Además, recordó que en la Sentencia C-1017 de 2003 la Sala Plena afirmó que: “la intensidad del juicio de constitucionalidad dependía de la relevancia constitucional de los valores que se ponían en riesgo con la medida analizada. La intensidad del juicio de constitucionalidad debía ser estricta cuando a pesar de que la norma demandada era de contenido económico, lo que estaba en juego no era solamente eso, sino su incidencia directa en el goce efectivo de derechos constitucionales”.

7. El privilegio, según el sentido natural del término, implica una “exención de una obligación o ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia”. En este caso la medida constituye un verdadero privilegio porque, a pesar de que la disposición a la que se integra la expresión acusada tiene por objeto enfrentar de manera general la corrupción, excluye a unos grupos evidentemente similares únicamente por su forma de organización societaria y ubica al grupo excluido en una posición preferente en un mercado compartido. Cuando se constata que una distinción obedece más al arbitrio debido a una especial condición personal -que a una justificación inicialmente razonable- la Corte debería emprender un examen particularmente cuidadoso y exigente a efectos de controlar esas decisiones legislativas.

8. Por último, en este caso era importante aumentar el nivel de escrutinio de la medida a un test estricto pues suponía dar un mensaje claro acerca del particular cuidado que el legislador debe tener a efectos de prever reglas diferenciadas cuando de enfrentar la corrupción se trata.

9. En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado