

SENTENCIA C-437/23 (25 DE OCTUBRE)
M.P. PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
EXPEDIENTE: D-15082

CORTE DECLARÓ 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. Y CONDICIONÓ LA EXPRESIÓN “SOCIEDADES”, EN EL ENTENDIDO DE QUE LA INHABILIDAD PREVISTA EN EL MENCIONADO INCISO TAMBIÉN SE EXTENDERÁ A TODAS LAS PERSONAS JURÍDICAS SIN ÁNIMO DE LUCRO CON CAPACIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

1. Norma demandada

“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".

2. Decisión

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

Segundo. Declarar la **EXEQUIBILIDAD** de la expresión “sociedades”, prevista en los incisos 3° y 5° del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2° 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.

3. Síntesis de los fundamentos

(i) Antecedentes

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 2° de la Ley 2014 de 2019. Esto, por considerar que estas expresiones vulneran los artículos 13 y 122.5 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.

(ii) Examen de fondo

(a) **La inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3° del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 2014 de 2019**

La Sala Plena de la Corte Constitucional resaltó que el inciso 3° del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 2014 de 2019, regula un supuesto de la inhabilidad por extensión, que tiene carácter preventivo -no sancionatorio-. Las inhabilidades “indirectas” o “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 jurídicas (inhabilitados indirecto) con las cuales

esos individuos o entidades tengan determinados intereses o vínculos jurídicos o económicos.

En este sentido, destacó que el inciso 3° del artículo 2° de la Ley 2014 de 2019 disponía que la inhabilidad prevista en los incisos 1° y 2° “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”.

La Corporación consideró que la inhabilidad por extensión perseguía 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 jurisprudencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, “evitar que las sociedades sean utilizadas por el inhabilitado directo o principal para evadir o burlar la inhabilidad para contratar que pesa sobre él (...)”. La Corte resaltó que, según la Sala de Consulta y Servicio Civil y los antecedentes legislativos, “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’”¹.

(b) Inexequibilidad de la expresión “con excepción de las sociedades anónimas abiertas”

La Sala Plena concluyó que la exclusión de las sociedades anónimas *abiertas* como sujetos pasivos de la inhabilidad por extensión prevista en el inciso 3° del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993, vulneraba los artículos 13 y 122.5 de la Constitución, por dos razones:

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

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2425 de 16 de diciembre de 2019.

socios “controlantes” habían sido condenados por las conductas previstas en el inciso 1° 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.

Segundo. La Sala Plena encontró que la exclusión de las sociedades anónimas abiertas contrariaba 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”. Lo anterior, dado que permitía que personas naturales que hubieren sido condenados 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 122.5 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.

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

(c) Exequibilidad condicionada de la expresión “sociedades”

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

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 1° del literal j) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993.

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 122.5 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.

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.

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.

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.

4. Salvamentos y reservas de voto

El magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** aclaró el voto. Por su parte, las magistradas **NATALIA ÁNGEL CABO** y **CRISTINA PARDO SCHLESINGER**, así como el magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES**, se reservaron la posibilidad de presentar una aclaración de voto.