

Bogotá D.C. 13 de marzo de 2023

Magistrada
Paola Andrea Meneses Mosquera
Corte Constitucional
República de Colombia

Asunto: Intervención de Transparencia por Colombia en el expediente D0015082, demanda de inconstitucionalidad contra el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993

Honorable Magistrada Meneses,

Agradecemos la invitación realizada por su despacho mediante Oficio No 0049 del 27 de febrero de 2023, para intervenir en el marco del expediente D0015082, acción pública de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Marco Vita Mesa contra el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

Desde Transparencia por Colombia presentamos a continuación los distintos argumentos que nos llevan a acompañar la demanda señalada, en la cual considera que las disposiciones “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” (tercer inciso) y el término “sociedades” (incisos tercero y quinto) del artículo 2 de la Ley 2014 de 2019, que modificó el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, vulneran los artículos 13 y 122 de la Constitución Política.

1. Sobre la cosa juzgada

Es importante iniciar estableciendo que si bien el literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 ha sido objeto de control constitucional en las sentencias C-353 de 2009 y C- 630 de 2012; la presente demanda tiene un objeto y un parámetro de control diferente, por lo que, de acuerdo con la sistematización efectuada sobre la tipología de la cosa juzgada constitucional reconstruida en la Sentencia C- 233 de 2021, se concluye que sobre las disposiciones normativas no hay cosa juzgada constitucional y, por tanto, es viable que la Corte adelante en esta oportunidad un estudio de fondo.

Lo anterior en la medida que, si bien la Corte Constitucional declaró previamente la exequibilidad de la disposición normativa, ello fue a la luz de las normas constitucionales establecidas en los artículos 40-6 y 242-1 (Sentencia C-353 de 2009) y ha analizado la constitucionalidad de otro extracto del artículo bajo estudio en la (C-630 de 2012).

2. Sobre el control y vínculo entre la sociedad anónima con sus accionistas

Ahora bien, superado una vez ese estadio del análisis, como segundo punto de la intervención, Transparencia por Colombia acompaña el argumento esgrimido por el ciudadano según el cual, las disposiciones normativas “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” (tercer inciso) y el término “sociedades” (incisos tercero y quinto) del artículo 2 de la Ley 2014 de 2019, vulneran el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia. Lo anterior, puesto que a criterio de esta entidad se establece una excepción al régimen de inhabilidades de manera injustificada.

En su momento, cuando el magistrado Nelson Pinilla en sentencia C-353 de 2009 analizó la disposición normativa demandada, estableció que:

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

*(...) Tales características, aunadas a la regulación que rige el procedimiento de transacción de sus acciones, emanada de la Superintendencia de Valores, hace evidente que los órganos de administración, las directivas y los mismos accionistas de las sociedades anónimas abiertas, no tienen ni la capacidad física ni la capacidad jurídica para controlar las operaciones que sobre sus acciones se efectúen en la bolsa de valores, **ni para verificar las condiciones personales de quienes las adquieran** (...)*

(...) resulta razonable que el legislador haya creado esta excepción, pues podría considerarse que lo hizo en defensa de la libertad empresa (C. Po. Art. 333), procurando un desempeño económico eficiente, competitivo y transparente de estas sociedades, y reconociendo la imposibilidad que ellas tienen de controlar el ingreso de accionistas condenados judicialmente por los delitos previstos en la norma que se examina”. (subrayas dentro del texto)

Si bien el criterio diferenciador que analizaba la Corte en su momento correspondía a la naturaleza de las sociedades anónimas, las cuales no tenían herramientas normativas que les permitieran ejercer un control sobre sus accionistas y administradores; es importante que la honorable magistrada considere que actualmente el panorama jurídico ha cambiado. Colombia ha robustecido al sector empresarial con herramientas de debida diligencia que les ha permitido a las empresas, incluyendo las sociedades anónimas, desarrollar mecanismos para conocer a las personas que adquieren sus acciones y efectuar control sobre las mismas. Estas herramientas son las siguientes:

- La Resolución 000164 del 7 de diciembre de 2021 emitida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, ha establecido en cabeza de las sociedades y estructuras sin personería jurídica, incluidas las sociedades abiertas, la obligación de realizar procesos de debida diligencia¹ que les permitan conocer su estructura de titularidad para identificar sus beneficiarios finales². Lo anterior, con el fin de que antes del 31 de julio del año en curso reporten en el Registro Único de Beneficiarios Finales (RUB) a dichas personas naturales. Igualmente, la resolución citada establece que las sociedades y estructuras sin personería jurídica, tienen la obligación de realizar una constante verificación de su estructura de titularidad, con el propósito de reportar si han cambiado las personas naturales que ostenta la calidad de beneficiarios finales y así, realizar las correspondientes modificaciones en el RUB.

¹ El deber de debida diligencia establecido en el artículo 17 de la Resolución comprende “ (...) la realización de todos los actos necesarios para la identificación de los beneficiarios finales, así como la demás información solicitada en la presente Resolución, incluido el conocimiento de la cadena de propiedad y control de la persona jurídica, estructura sin personería jurídica o similar”

² La Resolución considera la siguiente definición de beneficiarios finales establecida en el artículo 631-5 del Estatuto Tributario. “a) Son beneficiarios finales de la persona jurídica las siguientes:
1. Persona natural que, actuando individual o conjuntamente, sea titular, directa o indirectamente, del cinco por ciento (5%), o más del capital o los derechos de voto de la persona jurídica, y/o se beneficie en cinco por ciento (5%), o más de los activos, rendimientos o utilidades de la persona jurídica; y
2. Persona natural que, actuando individual o conjuntamente, ejerza control sobre la persona jurídica, por cualquier otro medio diferente a los establecidos en el numeral anterior del presente artículo; o
3. Cuando no se identifique ninguna persona natural en los términos de los dos numerales anteriores del presente artículo, se debe identificar la persona natural que ostente el cargo de representante legal, salvo que exista una persona natural que ostente una mayor autoridad en relación con las funciones de gestión o dirección de la persona jurídica.

- La Ley 2195 de 2022 ha establecido en su artículo 12 la obligación para todas las sociedades y estructuras sin personería jurídica obligadas a reportar en el RUB y/o de implementar un sistema de prevención, gestión o administración del riesgo de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas, de conocer y entregar información sobre la estructura de titularidad de sus y hacia sus contrapartes, sin excepcionar a las sociedades anónimas. Lo anterior, ha generado en el aparato nacional un instrumento que permite a las contrapartes de las sociedades anónimas adelantar procesos de debida diligencia sobre la sociedad y la estructura de titularidad de la misma, así como establecer un perfil de riesgo, y conocer la fuente de fondos de estas.
- Bajo la normatividad colombiana, las empresas, incluidas las sociedades anónimas, que estén bajo supervisión de las distintas superintendencias deberán, de acuerdo a sus características de activos o ingresos, implementar Programas de Transparencia y Ética Empresarial³, así como sistemas de prevención de riesgos contra el lavado de activos, financiación del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva⁴, los cuales han generado en cabeza de las sociedades anónimas, obligaciones de debida diligencia y conocimiento en relación con sus accionistas⁵. Por ello, en la actualidad existen parámetros de control para las sociedades que les permiten mantener un vínculo de control y de supervisión con respecto de su alta dirección, incluyendo administradores y accionistas. Estos vínculos de control incluyen conocer quiénes son sus accionistas y determinar si tienen alguna relación con conductas en materia de corrupción y/o el lavado de activos, financiación del terrorismo y/o financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

De acuerdo con las anteriores herramientas normativas descritas, brindar un tratamiento diferenciado a las sociedades anónimas debido a que las mismas no puede ejercer controles para verificar las condiciones personales de quienes las adquieran, en comparación con las sociedades cerradas, corresponde a un tratamiento diferencial equívoco. Lo anterior, en la medida que el aparato nacional ha establecido obligaciones en cabeza de las sociedades anónimas, la estructuras sin personería jurídica y de sus correspondientes contrapartes, para verificar la identidad de sus accionistas, realizar un análisis de riesgo sobre estos y determinar dentro de su autonomía de gestión de riesgos en materia anticorrupción, lavado de activos, financiación del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, qué controles deben adoptar para evitar que sus actividades se vean permeadas por dichas conductas ilícitas. Por ello, dentro de su autonomía privada, cada sociedad anónima y/o estructura sin personería jurídica determinará acorde con su apetito de riesgo, qué accionistas representan para ella un mayor o menor riesgo y podrá tomar las medidas que considere adecuadas.

Por último, se resalta que el carácter taxativo y restrictivo del régimen de inhabilidades y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública, de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o

³ En la actualidad la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Salud han emitido lineamientos referentes a los Programas de Transparencia y Ética Empresarial que deben implementar sus supervisadas, incluyendo a las sociedades anónimas. No obstante, se estima que las demás entidades que ejercen supervisión diseñen lineamientos en la materia para sus supervisadas de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 2195 de 2022.

⁴ Cada sector económico supervisado tiene obligaciones en materia de prevención de delitos contra el lavado de activos, financiación del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva que incluyen medidas para el debido conocimiento de los accionistas. Dentro de alguna normatividad en referencia se incluye la Circular Básica Jurídica, Capítulo X de la Superintendencia de Sociedades y la Circular Básica Jurídica, Parte I, Título IV, Capítulo IV de la Superintendencia Financiera de Colombia.

⁵ Los procesos de debida diligencia que adelantan las empresas obligadas a implementar sistemas de gestión de riesgos incluyen la identificación, verificación y conocimiento de sus accionistas. Incluyendo, pero sin limitarse a, la verificación de sus datos en las listas restrictivas vinculantes para Colombia.

inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado.

3. Sobre los compromisos internacionales para la prevención y lucha contra la corrupción en la contratación pública

Por su parte, como tercera parte de la intervención, Transparencia por Colombia apoya la demanda en relación con la importancia que ostenta el régimen de inhabilidades como una herramienta adoptada por el Estado Colombiano para prevenir el desvío de la función pública, proteger el interés público, cumplir con los compromisos internacionales y mitigar la corrupción en la contratación Estatal.

Se resalta que las inhabilidades para contratar con el Estado derivadas de la comisión de delitos, no sólo tienen una connotación sancionatoria para la persona judicialmente condenada, pues también tienen consecuencias respecto de las condiciones de idoneidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad e imparcialidad exigidas en los principios de la contratación pública. Lo anterior, debido a que los contratos que tienen fundamento en el erario público comprometen el interés general⁶.

Por ello, es importante resaltar los compromisos que a nivel internacional tiene Colombia en materia de prevención de la corrupción pública y en la búsqueda de las condiciones de idoneidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad e imparcialidad exigidas por la administración en su artículo 209 de la Carta Política:

- El Estado colombiano se comprometió por medio de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción a *“promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción”*, así como a *“establecer procedimientos para inhabilitar (...) a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención (...)”* Incluyendo entre esos los delitos contra la administración pública.
- El Estado colombiano se comprometió por medio de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción a *“promover y fortalecer el desarrollo (...) de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción”*, así como a crear, mantener y fortalecer medidas en los *“sistemas (...) para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia”*.
- El Estado colombiano se comprometió por medio de la Convención contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales a *“asegurar que esas personas morales serán sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros.”*
- Igualmente, el Estado Colombiano al ser miembro del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) y al comprometerse a seguir las 40 recomendaciones, debe velar porque sus instrumentos nacionales se orienten a cumplir las recomendaciones establecidas en el Informe de Evaluación Mutua del año 2018 de GAFILAT para Colombia, el cual señala la necesidad de *“un análisis más profundo de las amenazas y vulnerabilidades de LA/FT para abarcar áreas adicionales como [...] los riesgos de LA*

⁶ El fundamento por el cual el Estado busca mitigar que sus recursos sean destinados a personas que tengan relacionamiento con conductas ilícitas se materializa en la obligación normativa establecida en el artículo 27 de la Ley 1121 de 2006, el cual establece que: *“El Estado Colombia y las Entidades Territoriales en cualquier proceso de contratación deberán identificar plenamente a las personas naturales o jurídicas que suscriban el contrato, así como el origen de sus recursos; lo anterior con el fin de prevenir actividades delictivas”*.

*asociados con vehículos corporativos y sociedades anónimas*⁷. Las cuales se han usado en múltiples ocasiones como instrumento para lavar activos y usar el sector productivo de la sociedad para ocultar fuentes ilícitas de dinero.

Los compromisos internacionales citados, promueven que el Estado Colombiano tenga de presente que la normatividad adoptada sea una herramienta efectiva y eficiente para salvaguardar el erario público y el interés general. Por ello, resaltamos que el trato diferencial brindado a las sociedades anónimas y estructuras sin personería jurídica que contratan con el Estado Colombiano, 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.

Por los anteriores motivos, entonces, Transparencia por Colombia considera que, efectivamente, las disposiciones normativas hoy cuestionadas, luego de superar el análisis necesario para que la Corte Constitucional pueda emitir un pronunciamiento de fondo, vulneran los artículos 13 y 122 de la Carta Política y, por tanto, resulta necesaria la declaratoria de inexequibilidad al apartado de “con excepción de las sociedades anónimas abiertas” (tercer inciso) y la exequibilidad condicionada el término “sociedades” (incisos tercero y quinto) en el entendido que abarca a todas las personas jurídicas y estructuras sin personería jurídica de derecho privado con capacidad para contratar.

Cordialmente,



Gerardo Andrés Hernández Montes
Director Ejecutivo

⁷ FMI y GAFILAT. (2018). Informe de Evaluación Mutua de Cuarta Ronda de la República de Colombia.