



Bogotá, D.C., 15 SEP 2014

Señores  
**MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**  
E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012, *“Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”*.

**Demandantes:** Ana María Moncada Zapata y Diana Rueda Prada

**Magistrado Ponente:** LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

**Expediente D-10324**

**Concepto = 58270**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, procedo a rendir concepto en relación con la demanda que, en ejercicio de su ciudadanía, presentaron Ana María Moncada Zapata y Diana Rueda Prada contra el párrafo del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012, cuyo texto (con lo demandado en negrillas) es el siguiente:

**LEY 1508 DE 2012**  
(enero 10)  
D.O. 48.308, enero 10 de 2012

*Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.*

[...]

**ARTÍCULO 8o. PARTICIPACIÓN DE ENTIDADES DE NATURALEZA PÚBLICA O MIXTA.** Para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, que tengan por objeto el desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la presente ley, sin desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley.

**PARÁGRAFO.** Se entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público,

*nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes.*

## **1. Planteamientos de la demanda**

Las accionantes aducen que la exclusión de ciertas entidades del ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012 por parte del parágrafo del artículo 8° vulnera la libre competencia (arts. 13 y 333 C.P.), la libertad de asociación (art. 38 C.P.) y la liberalización en la prestación de los servicios públicos (art. 365 C. P.). Y quebrantan sus contenidos, según la demanda, porque la expresión “[s]e entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley” admite dos interpretaciones con consecuencias constitucionales disímiles, como son: (i) que dicha expresión supone la exclusión absoluta de las entidades allí previstas para que adelanten esquemas de asociaciones público-privadas bajo cualquier régimen jurídico; y (ii) que las entidades allí previstas no pueden desarrollar esquemas de asociación público-privada de conformidad con las previsiones de la Ley 1508 de 2012, pero sí podrían desarrollar dichos esquemas de conformidad con las reglas del derecho privado al cual están sujetas. A partir de lo anterior, la demanda estructura el concepto de violación de las normas constitucionales infringidas, así:

### **1.1 Violación del principio-derecho a la igualdad y a la libertad de empresa (arts. 13 y 333 C.P.)**

La demanda aduce que la interpretación que excluye a las entidades previstas en el parágrafo del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012, de toda posibilidad de adelantar esquemas de asociación público-privada, vulnera el principio de libre competencia el cual tiene relación directa con el principio de igualdad y el derecho a la libre competencia. Para fundamentar esta acusación las accionantes proponen un test de igualdad bajo los siguientes presupuestos:

En primer término, la norma acusada, bajo la interpretación que en la demanda se considera excluyente, establece un trato diferenciando entre las entidades excluidas y las demás entidades estatales y privadas que pueden adelantar los citados esquemas<sup>1</sup>. En este sentido, las accionantes argumentan que las entidades privadas están sometidas al derecho privado al igual que las entidades excluidas, circunstancia que evidencia el trato diferenciado para supuestos idénticos. Y respecto de las entidades estatales “no excluidas” el trato diferenciado se concreta que en éstas si pueden adelantar esquemas de asociación público privada, aun cuando están sujetas al régimen de contratación pública, mientras que las “entidades excluidas” que compiten directamente con las empresas privadas o requieren capital privado no pueden hacerlo.

En segundo lugar, y con relación a la similitud de los sujetos destinatarios de la norma, en la demanda se afirma que, si bien las empresas privadas tienen naturaleza diferente a las “entidades excluidas”, lo cierto es que tienen una similitud de suma importancia como es que se rigen se rigen por el derecho privado. En consecuencia, afirma la demanda, *“aun cuando se rigen por el Derecho Privado, sólo (sic) las primeras pueden adelantar proyectos en alianza con particulares (trato desigual entre iguales)”*. Así mismo, respecto de las entidades estatales “no excluidas” la demanda estima que la única diferencia es que las entidades estatales “no excluidas” están sujetas al régimen de contratación pública, mientras que las entidades “excluidas” se encuentran sujetas al derecho privado en razón de la necesidad de competir en igualdad de condiciones con el sector privado. No obstante las diferencias en su régimen contractual, se advierte que dichas entidades tienen similitudes de gran importancia, pues (i) tanto las unas como las otras están sujetas a los principios de la función administrativa y al control fiscal; y (ii) a ambas le es

---

<sup>1</sup> Como sustento de este argumento en la demanda se cita algunos apartes de la Sentencia C-815 de 2001, (M.P. Rodrigo Escobar Gil), en la cual dijo la Corte que: *“El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la administración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración”*.

aplicable el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Así, sobre este particular concluyen que *“una Sociedad de Economía Mixta con participación del Estado superior al 50% que se encuentre en competencia con el sector privado nacional [...] podría aplicar la legislación comercial y a su vez llevar a cabo proyectos bajo el Esquema de Asociaciones Público-Privadas; situación que no sucede con la misma sociedad si la participación es menor del 50%, pues en este último evento puede igualmente aplicar el Derecho Privado en sus relaciones contractuales pero no podría llevar a acabo Asociaciones Público-Privadas”*.

De otra parte, en la demanda se analizan las ventajas que, desde la perspectiva de la Constitución, tiene la aplicación del derecho privado a las entidades “excluidas” por cuanto: (i) garantiza el principio de igualdad, pues permite que tanto las entidades excluidas y las demás entidades sometidas adelanten dichos esquemas de conformidad con el derecho privado; (ii) la exclusión de la Ley 1508 de 2012 de dichas entidades permite que adelanten dichos esquemas por el derecho privado, lo cual maximiza los principios de la función administrativa y el ejercicio del control fiscal; (iii) la libertad económica y la libertad de asociación, en el sentido que la iniciativa privada no se vería restringida a estructurar proyectos solo con ciertas entidades estatales; y (iv) la eficiencia en la prestación de los servicios públicos. En consecuencia, la demanda expone que esta última debe ser la interpretación que guía la exclusión de la aplicación de la Ley 1508 de 2012 a las entidades previstas en el parágrafo del artículo 8°.

De no ser así, argumentan las accionantes, la exclusión prevista por la norma carece de justificación pues *“el parágrafo del artículo 8° obedece a una desafortunada redacción mal copiada de otra normativa, sin justificación alguna, que excluye del esquema de las Asociaciones Público Privadas precisamente a aquellas entidades que se encuentran más cercanas al sector privado, bien sea porque desarrollan actividades comerciales e industriales, o bien porque la participación del Estado es minoritaria con menos del 50%, o*

*bien porque se encuentran en competencia o sus actividades se desarrollan en mercados regulados”.*

Con relación al cargo por vulneración de la libertad de competencia, además de reiterar los planteamientos con ocasión del cargo por violación del artículo 13, en la demanda se expone<sup>2</sup> que la interpretación que excluye en forma absoluta a las entidades previstas en el segmento normativo acusado constituye una restricción a dicha libertad tanto desde la perspectiva de las entidades como desde la perspectiva de los inversionistas que pretendan estructurar proyectos con entidades públicas. Sobre este punto, exponen que *“es imposible que haya libertad de competencia con restricciones de entrada al mercado; si no hay posibilidad de entrar al mercado de la ejecución de proyectos de las APP’s sencillamente no habrá lugar a examinar las condiciones de competencia, pues no habría competencia alguna”.*

## **1.2 Violación del derecho de asociación (art. 38 C.P.)**

Como cuestión central en la demanda se afirma que las entidades públicas son titulares del derecho de asociación establecido en el artículo 38 de la Constitución Política. A partir de esto las accionantes deducen que la interpretación que consideran constitucional del párrafo demandado supone que el legislador no pretendía limitar el ejercicio del derecho de asociación con los particulares sino, por el contrario, que aquel buscaba fortalecer este último permitiendo que las ‘entidades excluidas’ *llevaran a cabo asociaciones por un mecanismo transparente pero más expedito, de manera tal que la garantía del derecho de asociación no fuera meramente formal y enunciativa”.* Contrario sensu, afirman que interpretar que la norma excluyó en forma definitiva a las entidades allí previstas supone una restricción al derecho de asociación en tanto impone un límite concreto a que

---

<sup>2</sup> Con fundamentos en algunas citas de las Sentencias C-713 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa, C-T-769 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-291 de 2004, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-040 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón.

éstas se asocien con el sector privado para adelantar proyectos de infraestructura, servicios públicos y educación, entre otros.

### **1.3 Violación del régimen de los servicios públicos y la cláusula de Estado Social de Derecho (arts. 365 y 2° C.P.)**

Sobre este punto la demanda señala, en síntesis, que la interpretación que excluye el desarrollo de esquemas de APP a las entidades previstas en el párrafo acusado, y en particular, a las empresas de servicios públicos con independencia de su naturaleza jurídica vulnera el régimen que para estos servicios estableció el artículo 365 superior. Así, el argumento central de la demanda considera que la exclusión de todo tipo de empresas de servicios públicos (oficiales, públicas o mixtas) para adelantar los esquemas mencionados desconoce la liberalización de los servicios públicos domiciliarios como modelo adoptado por la Constitución de 1991, pues la interpretación que las accionantes consideran “inconstitucional” de la norma demandada *“se opone a la posibilidad de que los servicios públicos domiciliarios -SDP- son prestados por parte de los inversionistas privados, aun si la naturaleza de la Empresa de Servicios Públicos domiciliarios es de naturaleza privada, pues de ninguna manera es posible que el particular tenga relación contractual alguna con la ESD [...] para la prestación de los servicios”*.

Por último, en la demanda se propone que esa interpretación inconstitucional vulnera, a su vez, la cláusula del Estado Social de Derecho. Y para fundamentar esta conclusión se anota que *“la asociación de particulares con la Administración encuentra su razón de ser en la incidencia social de la contratación estatal, que es el medio por el cual se consiguen los objetivos de los objetivos del Estado Social de Derecho; de manera que, en estos casos, no es necesario esperar a que las entidades estatales ordenen la apertura de una licitación, sino que basta con que el particular presente el proyecto y en adelante ‘colabore’ con la Administración en sus fines”*.

## 2. Problema jurídico

De conformidad con los planteamientos de la demanda, a juicio de esta vista fiscal el problema central del caso *sub examine* consiste en determinar si la previsión del segmento normativo acusado, al prever que se entienden excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012 a las entidades allí previstas, desconoce (i) el principio de igualdad, (ii) la libre competencia económica, (iii) el régimen de servicios públicos y (iv) la cláusula de Estado Social de Derecho.

## 3. Análisis jurídico

Con el propósito de resolver los problemas jurídicos propuestos, esta vista expondrá su concepto en la siguiente forma: (i) breve contextualización de la disposición normativa acusada; (ii) contenido de la disposición demandada; y (iii) análisis específico de los cargos de la demanda.

### 3.1. Breve contextualización de la disposición normativa acusada

Tal y como lo establece el epígrafe de la Ley 1508 de 2012, el objeto de ésta es regular, entre otros temas, el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas (APP) las cuales define como “*un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un **contrato** entre una **entidad estatal** y una **persona natural o jurídica de derecho privado**, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio*” (art. 1º negrillas fuera del texto).

Ahora bien, las APP tienen dos vías para su realización: (i) que la iniciativa para la ejecución del proyecto sea pública, esto es, que ésta la que inicia el proceso de selección del contratista para la ejecución del proyecto de

conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 11<sup>3</sup> de la norma citada; o (ii) que la iniciativa del proyecto sea privada, esto es, que un agente privado es quien se encarga de la estructuración del proyecto. Dicha estructuración que está dividida en dos etapas denominadas prefactibilidad y factibilidad<sup>4</sup> puede presentar, a su vez, dos modalidades: a) que la ejecución del proyecto requiera recursos públicos; o b) que la ejecución del proyecto no requiera recursos públicos de ninguna naturaleza.

En el primer caso, la entidad abrirá una licitación pública con el propósito de seleccionar el contratista que estará encargado del desarrollo del proyecto estructurado por el originador; en este evento la ley autoriza al originador del proyecto a participar en la licitación pública que la entidad debe abrir para el efecto. Si en dicho proceso el originador no resulta seleccionado como

<sup>3</sup> "Artículo 11. Requisitos para abrir procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos de asociación público privada, de iniciativa pública. En los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección, deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con: 11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal. 11.2 Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados. 11.3 Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral deberán contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial. Para el anterior concepto, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998. 11.4 Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre. 11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto".

<sup>4</sup> Según el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 la etapa de prefactibilidad comprende: "originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación". Mientras que en la etapa de factibilidad según el mismo artículo: "Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto. En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos. En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada".

ejecutor del proyecto que él mismo estructuró, en todo caso tendrá derecho a recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública haya determinado con miras a compensar la estructuración del proyecto (art. 17).

En el segundo caso y luego de los trámites previstos<sup>5</sup> en la norma para las iniciativas de carácter privado que no requieran recursos públicos, resulta probable que no se presenten más ofertas que la del originador del proyecto, caso en el cual la norma prevé la posibilidad de que la entidad contrate con el estructurador del mismo (art. 19). En caso contrario, esto es, que un tercero manifieste su interés por ejecutar el proyecto en las condiciones pactadas, y luego de verificar el cumplimiento de los requisitos para el efecto<sup>6</sup>, la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación. Y en el evento en que el proponente originador del proyecto no presente la mejor oferta, tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado y solo si ello ocurre -la oferta del proponente supera a la oferta mejor calificada- se le adjudicará al proponente originador el contrato correspondiente

Respecto del ámbito de aplicación de dicha normativa, el artículo 3° prevé que esta norma regula los contratos celebrados por las entidades estatales con un determinado inversionista privado cuyo objeto sea el *"diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura"*. Y Luego de precisar temas como la retribución, montos para

<sup>5</sup> El artículo 19 de la norma dispone que: *"Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública "SECOP"*.

<sup>6</sup> Sobre los requisitos el artículo 20 establece que *"[...] manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado"*.

que operen los esquemas de asociaciones público-privadas, la aplicación de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 –a título de regla general– para efectos de las reglas aplicables para los procesos de selección, celebración y ejecución de los contratos, los principios generales, plazo y adiciones de dichos contratos, la ley establece la participación de las entidades públicas o mixtas en esquemas de asociaciones público-privadas (art. 8).

Sobre este último aspecto es que, precisamente, versa la demanda sub examine, pues el parágrafo del artículo 8° establece que “*se entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley*” ciertas entidades. Y en la demanda considera, en síntesis, que dicha cláusula de exclusión tiene dos interpretaciones: (i) la que excluye a dichas entidades de participar en esquemas de APP y; (ii) aquella que las excluye del ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012, pero que permite que éstas entidades adelanten dichos esquemas de conformidad con el derecho privado. Sobre estas interpretaciones de la norma es que se estructuran todos los cargos de la demanda.

### **3.2 Contenido de la disposición y su relación con otras normas que regulan el régimen jurídico de las entidades previstas en el parágrafo acusado**

Esta jefatura considera que debe aclararse el verdadero contenido de la disposición objeto de la demanda, puesto que resulta evidente que los esquemas de asociación público-privada se estructuran, entre otros elementos, a partir del concepto de **entidad estatal**. Así, este elemento conceptual de dichos esquemas es de enorme relevancia para la solución del presente caso y los problemas jurídicos propuestos, pues las excepciones de aplicación de las disposiciones de la Ley 1508 de 2012, tiene un ámbito de aplicación específico: las entidades exceptuadas de su aplicación lo están en tanto pretendan ser la parte contratante de la APP, es decir, como el extremo público de dicho esquema de contratación. Esto se deduce del propio texto del parágrafo demandado pues en lo pertinente la norma establece que “[s]e

*entenderán excluidas del ámbito de aplicación establecido en la presente ley [...] cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como **contratantes***” (negrillas fuera del texto).

En atención a lo anterior, para entender la justificación de este régimen es necesario acudir a las normas que definen el régimen jurídico aplicable a las entidades exceptuadas desde el punto de vista **contractual**. Así, es preciso advertir que el enfoque del régimen contractual es el punto a partir del cual se realizará el análisis del caso *sub examine* pues existen otros enfoques como el **orgánico**<sup>7</sup> que estudian la integración o no de ciertas entidades a la Rama Ejecutiva o a la Administración Pública. En consecuencia, y partiendo del enfoque **contractual**, se advierte que las entidades excluidas por la norma demandada presentan las siguientes similitudes jurídicas:

Las sociedades de economía mixta se definen en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 como “*organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de **Derecho Privado**, salvo las excepciones que consagra la ley* (negrillas fuera del texto)”. Y esta definición es aplicable a las sociedades de economía mixta<sup>8</sup> con independencia del porcentaje de capital suscrito y pagado por el Estado tal y como lo concluyó la Corte Constitucional en la Sentencia C-953 de 1999 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), lo que significa que

<sup>7</sup> El presente análisis se refiere en forma exclusiva al régimen contractual aplicable a las entidades sujetas a un régimen excepcional dado que, por ejemplo, se ha discutido fuertemente acerca de la naturaleza de las empresas de servicios públicos privadas –con ciertos aportes públicos– como expresión de la descentralización administrativa y, por ello, su calidad de entidades estatales. Sobre el punto ver: Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>8</sup> La aplicación del derecho privado no supone en modo alguno que a las sociedades de economía mixta estén sustraídas de la aplicación del derecho, privado en tanto que “*en la medida en que la sociedad de economía mixta ostenta legalmente características dentro de las cuales no cabe el ejercicio de “función administrativa” ya que conforme a la misma ley debe cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, no es pertinente aludir a violación de aquellos principios propios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado, bien entendido que como lo señaló esta Corporación y ya se dio cuenta en esta misma providencia : “-No obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, no son particulares. Son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados”*.” (negrillas en el texto). Sentencia C-629 DE 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis

las sociedades de economía mixta, aun cuando tengan un capital estatal inferior al 50%, cumplen actividades de naturaleza industrial o comercial conforme al derecho privado. Sin embargo, como se explicará enseguida, que puedan igualarse para todos los efectos a las sociedades cuyo porcentaje mayoritario (más del 50%) sea estatal, tal como se propone en la demanda.

De otra parte, respecto de las filiales de las sociedades y las sociedades entre entidades públicas en las cuales el capital estatal es inferior al 50%, la ley 489 de 1998, en su artículo 92<sup>9</sup>, prevé que “[l]as empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del **Código de Comercio**. Salvo las reglas siguientes: [...] 4. Régimen jurídico. El funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del **derecho privado**, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria” (negrillas fuera del texto).

En lo relativo al régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado, el mismo estatuto, en sus artículos 85 y 93 dispone que dichas empresas son organismos “creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del **Derecho Privado**, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características”, mientras que la segunda de las norma citadas, al regular su régimen contractual preceptúa que “los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del **Derecho Privado**. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a

---

<sup>9</sup> Los apartes normativos citados en este concepto fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-691 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) “en el entendido que se rigen por éstas disposiciones, sin perjuicio de aspectos regulados con carácter especial por otras disposiciones constitucionales y legales”.

*las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales*” (negrillas fuera del texto).

Por último, y con respecto a las empresas de servicios públicos domiciliarios la Ley 142 de 1994 en su artículo 32, entre otros, prevé la aplicación del derecho privado como regla general<sup>10</sup> para estas empresas con independencia de su naturaleza, valga decir, sin perjuicio de que se trate de empresas privadas, públicas o mixtas. En efecto, esta norma dispone que “[s]alvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado” (negrillas fuera del texto).

En este orden de ideas, esta jefatura concluye que las entidades exceptuadas de la aplicación del párrafo demandado tienen como rasgo común el desarrollo de actividades de naturaleza industrial-comercial o la prestación de servicios públicos, en condiciones de competencia con diferentes actores del mercado en un ámbito regido fundamentalmente por la libre competencia y, por ello, están sujetas a las reglas del derecho privado.

### **3.3 Análisis de los cargos de la demanda**

Para el ministerio público la demanda construye todos los cargos a partir de considerar que resulta inconstitucional interpretar que las entidades exceptuadas no pueden desarrollar esquemas de APP de conformidad con el régimen contractual de derecho privado que les es aplicable. En estas condiciones, la demanda estructura los cargos a partir de considerar que las entidades exceptuadas deben recibir un mismo trato normativo que las entidades privadas y estatales que compiten con aquellas en determinados

<sup>10</sup> Esta aplicación del derecho privado constituye una regla general con ciertas excepciones. Por ejemplo, el inciso 2° del artículo 31 prevé que “[l]as comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás”.

mercados. Así las cosas, a continuación se analizará el cargo por vulneración al principio de igualdad:

Vale recordar que el principio de igualdad supone cuatro variables que imponen distintos deberes como son *“(i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras (sic) más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras”*<sup>11</sup>. Por razón de lo anterior, con el propósito de identificar infracciones al principio de igualdad la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha construido el denominado juicio de igualdad que, en términos generales, supone el análisis de *“[l]os supuestos, hipótesis o sujetos respecto de los que se plantea el problema de igualdad. A su vez debe el intérprete identificar los derechos, los deberes o los bienes que son objeto de distribución. Finalmente es necesario determinar cuál es el criterio de comparación que se emplea para definir el trato”*<sup>12</sup>. La justificación del trato diferenciado debe respetar el principio de proporcionalidad y razonabilidad, cuya intensidad está determinada, entre otras cosas, por el contenido de la medida y los sujetos que están involucrados en ella.

En este orden de ideas, el problema respecto del principio-derecho a la igualdad de la norma demandada tiene como punto de partida la comparación de dos entidades que son destinatarias de la medida: de una parte, las entidades excluidas de la aplicación de las previsiones de la Ley 1508 de 2012 y, de otra, las entidades estatales no excluidas y aquellas entidades privadas que compiten en el mercado con las entidades excluidas, las cuales, a juicio de las accionantes, se encuentran en la misma condición de hecho.

<sup>11</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>12</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-100 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

Al respecto, en la demanda se asume que la aplicación del derecho privado a las entidades exepuadas supone, necesariamente, un trato paritario con respecto a otras empresas públicas o privadas que se rigen por el derecho privado en sus relaciones contracuales. No obstante, esta vista fiscal considera que con ello en la demanda prescinde del concepto de **entidad estatal** como elemento relevante, pues para efectos contractuales las entidades excluidas del parágrafo acusado no se consideran entidades estatales.

Esto, por cuanto la aplicación del derecho público con sus particularidades a las entidades que se ocupan de actividades industriales o comerciales supondría, para efectos de ser el **extremo público** de los esquemas de APP, de una parte una barrera para el desenvolvimiento de éstas en el respectivo segmento del mercado y, de otra, un incentivo para que los agentes del mercado evitaran contratar con los agentes públicos, pues es claro que la aplicación del régimen público a las entidades estatales supone ciertas prerrogativas y trámites de mayor rigidez por parte de la entidad estatal que implican una relación de desigualdad con relación a los agentes privados que concurren a competir en el mercado. Esto además explica con alguna suficiencia por qué ciertas entidades no se consideran **entidades estatales** para efectos de que se les apliquen las normas de contratación y por qué el legislador decidió que el modelo normativo de mayor conveniencia es el derecho privado tal y como se analizó previamente.

Esta circunstancia tiene consecuencias en el juicio de igualdad en el presente proceso de constitucionalidad, pues en la demanda, como se advirtió, se asume que las entidades excluidas deben ser tratadas en forma paritaria que las entidades a las cuales se les aplican las previsiones de la Ley 1508 de 2012. Sin embargo, esta jefatura advierte que las entidades regidas por las previsiones de los esquemas de asociación público-privada se consideran, por regla general, como **entidades estatales** para efectos contractuales y, en particular, para obrar como la parte pública de dichos

esquemas. Lo anterior de conformidad con el artículo 13 de la Ley 1150, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, el cual dispone:

*Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.*

Nótese que la norma citada prevé dos hipótesis diferenciadas: (i) aquellas entidades en las cuales el Estado tiene participación mayor a un 50% del capital, las cuales se consideran **entidades estatales** y, a las que por ello, se les aplica el estatuto general de contratación; y (ii) entidades que desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado o público se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, lo cual significa entre otras cosas, que el derecho privado les resulta aplicable.

Por consiguiente, el jefe del ministerio público concluye que no existe un trato discriminatorio respecto de los esquemas de APP, pues en el primer caso las entidades a las cuales se les aplica el estatuto general de contratación pública se trata de entidades estatales para efectos de contratación, razón por la cual es claro que en esos casos sí pueden ser el **extremo público** de los esquemas de asociación público-privadas, valga decir, pueden actuar como **contratantes**. Mientras que con relación al segundo caso, es decir, el de las entidades compitan con el sector público o privado, el trato por parte del legislador es absolutamente coherente pues para efectos contractuales éstas no son consideradas entidades estatales, como tampoco lo son para efectos de tenerse como el **extremo público** de las APP.

Y es que la propia Ley 1508 de 2012, prevé que *[l]os procesos de selección y las reglas para la **celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley*** (negrillas fuera del texto), lo que justifica que, desde el punto de vista **contractual**, no se apliquen las disposiciones de las APP para entidades que compiten con el sector privado en ciertos ámbitos pues como se indicó, la aplicación de las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dificultaría enormemente su concurrencia al mercado (negrillas fuera del texto).

En el mismo sentido, se constata que el artículo 8° de dicha ley que se ocupa, justamente, de regular los esquemas de asociación público-privada de iniciativa pública prevé que *“[e]l procedimiento de selección en los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública será el establecido en la presente ley y en lo no contemplado en ella se regirá por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública”*, lo que constituye un fuerte indicativo de que existe un relación importante entre el estatuto de contratación de la administración pública y la Ley 1508 de 2012 y que, en consecuencia, resulta imperioso tener en cuenta el concepto de entidad estatal allí previsto.

Así mismo, cabe recordar que el legislador tiene una amplia libertad para, de una parte, configurar el régimen contractual de empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta, sus filiales y las sociedades entre entidades públicas en tanto entidades descentralizadas<sup>13</sup> (inc.1° art.

<sup>13</sup> Sobre el punto la Corte Constitucional en la Sentencia C-722 de 2007, (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), precisó que *“[i]gualmente, como lo ha determinado esta Corte de conformidad con el artículo 210 de la Constitución, de manera específica compete al legislador determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas. Lo que entraña, entre otros aspectos, la precisión de cuáles de los organismos enunciados constitucionalmente conforman tal categoría administrativa y jurídica, la determinación de funciones generales, organización básica interna, régimen de la actividad, de los actos y contratos, responsabilidad de sus directores y gerentes y las interrelaciones con los demás órganos del Estado y de la administración...”*

210 C.P.) y, de otra, para determinar el régimen de las empresas de servicios públicos<sup>14</sup> (art. 365 C.P.).

Respecto del análisis de los cargos restantes, el jefe del ministerio público considera que la circunstancia de que las entidades exceptuadas no puedan ser el extremo público de los esquemas regulados por la ley 1508 de 2012 no se sigue que dichas entidades no puedan ser el extremo privado de los esquemas APP, por cuanto: (i) dichas entidades, al no tener la calidad de **entidad estatal**, para efectos contractuales pueden considerarse personas jurídicas de derecho privado y, por ello, pueden ser el extremo privado de la relación, valga decir, pueden ser **contratistas** y ; (ii) la ley 1508 de 2012 no contiene disposición alguna que prohíba en forma expresa dicha posibilidad.

Desde esta perspectiva, es claro que la norma tampoco quebranta el principio de libre competencia, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el principio de igualdad (art. 13 C.P.), en la libre competencia (art. 333 C.P.) y en los principios de la función administrativa (art. 209 C.P.) el cual garantiza *“la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales”*<sup>15</sup>, todo lo cual se traduce en la existencia de múltiples ofertas para que la entidad escoja la mejor, atendiendo a parámetros objetivos.

De acuerdo con esta conceptualización del principio de libre competencia el párrafo acusado no implica que las entidades excluidas estén

<sup>14</sup> En este sentido, en la Sentencia C-736 de 2007, (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), se determinó que de conformidad con el artículo 365 de la Constitución Política corresponde al legislador *“establecer diferencias de regulación que atiendan a distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. Estas diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos. Ciertamente, el legislador puede regular de manera diferente situaciones de hecho también distintas, más cuando este trato jurídico diverso permite cumplir ese objetivo superior de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, que la propia Constitución Política en su artículo 365 define que como vinculado a “a la finalidad social del Estado”.*

<sup>15</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

imposibilitadas para presentar ofertas de APP en calidad de **contratistas**, valga decir, para ser el extremo privado de la asociación público-privada, pues la prohibición opera respecto de la calidad de contratantes por las razones que ya fueron expuestas. En el mismo sentido se considera que, tampoco puede sostenerse que se vulnere el derecho de asociación<sup>16</sup> (art. 38 C.P.) y el régimen de los servicios públicos (art. 365C.P) pues, como se indicó, la prohibición de participar en APP no es absoluta, sino que dichos esquemas pueden ser realizados por las entidades como extremo privado de la relación con el propósito de adecuar la infraestructura para la prestación de servicios públicos.

Finalmente, esta jefatura estima, en el mismo sentido, que el párrafo demandado tampoco vulnera la cláusula de Estado Social de Derecho puesto que las entidades excluidas pueden concurrir con la entidad pública para adelantar esquemas de asociaciones público-privadas de conformidad con los principios de la función administrativa (art. 209 C.P.) para el cabal cumplimiento de los fines del Estado en el marco del Estado Social de Derecho.

#### 4. Conclusión

En virtud de lo anterior, el jefe del ministerio público solicita a la Corte Constitucional declarar **EXEQUIBLE** el párrafo del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012, por los cargos analizados en la presente demanda.

De los señores Magistrados,



**ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO**  
Procurador General de la Nación

ABC/DYM

<sup>16</sup> Este derecho es predicable de las personas jurídicas como lo ha reconocido la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia SU-448 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.