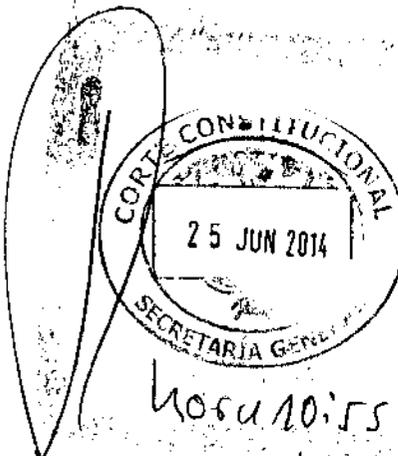


Bogotá D.C, junio de 2014

HONORABLES
MAGISTRADOS
CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.



D-10324
OK

Respetados Magistrados:

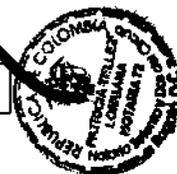
ANA MARÍA MONCADA ZAPATA, identificada con cédula de ciudadanía 39.175.381, y DIANA RUEDA PRADA, identificada con cédula de ciudadanía 1.010.184.203, en uso de nuestros derechos y deberes ciudadanos consagrados en los artículos 40 numeral 6º y 95 numeral 7º de la Constitución, nos dirigimos a ustedes para interponer acción pública y demandar por inconstitucionalidad un aparte normativo contenido en el artículo 8º 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."

I. EXPRESIÓN DEMANDADA

El aparte normativo objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad es el subrayado a continuación:

"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."



II. ANOTACIÓN PRELIMINAR

En relación con el mecanismo de las Asociaciones Público-Privadas – APP's:

Las Asociaciones Público Privadas –en adelante APP-, más allá de ser un instrumento de vinculación de capital privado para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, materializado en un contrato estatal, es un mecanismo para la promoción del desarrollo económico y social en Colombia.

No obstante lo anterior, este mecanismo de las APP's, que consideramos valioso para el país, debe ser objeto de análisis constitucional en relación con el “régimen de exclusión” de la Ley 1508 de 2012, de manera que se declare la exequibilidad condicional (inexequibilidad parcial) en el entendido que, las entidades excluidas del régimen propio de la Ley 1508 de 2012 –artículo 8°, parágrafo- (que de todas formas se rigen para efectos contractuales por el Derecho Privado), pueden seguir adelantando proyectos en asociación público privada en el marco del régimen legal que en cada caso les otorgó el legislador, predominantemente de derecho privado.

En caso de no ser acogida esta solicitud, que consideramos oxigenaría el mecanismo de las APP's en relación con estas entidades excluidas que podrían verse afectadas por la diversidad de interpretaciones alrededor del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012, esperamos se declare la inexequibilidad de la misma, como quiera que su permanencia en el ordenamiento jurídico llevaría al traste la garantía del principio constitucional de la libre concurrencia (arts. 13 y 333 C.P), la libertad de asociación (art. 38 C.P) y la liberalización de la prestación de los servicios públicos domiciliarios (art. 365 C.P).

La permanencia de la norma demandada impediría que empresas públicas muy importantes en la industria y economía nacional, como Satena, Ecopetrol, Indumil, terminales de transporte, empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal, universidades públicas, hospitales públicos, proveedores de servicios de telecomunicaciones con participación estatal, licoreras departamentales, entre otras, bajo la interpretación que consideramos inconstitucional, se vean impedidas para adelantar proyectos en asociación con particulares, quedando en desventaja frente a las demás empresas del sector privado con las cuales compiten.

- En relación con la solicitud de exequibilidad condicional:

La norma que se pone a consideración de la Honorable Corte es el parágrafo del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012, el cual se titula “Participación de entidades de naturaleza pública o mixta”. El mismo dispone que las entidades que adelanten



Los esquemas de APP deberán cumplir con los procedimientos establecidos en dicha Ley. A su paso, el parágrafo del mencionado artículo establece lo que podría llamarse el "régimen de excepción", esto es, el régimen que establece cuáles entidades públicas *no* se encuentran obligadas por las disposiciones de la Ley 1508 de 2012, esto es, cuáles son las "entidades excluidas" - en adelante "entidades excluidas"- del régimen de APP previsto en dicha Ley. A raíz de este parágrafo se han suscitado dos interpretaciones: Una, que ha entendido que las "entidades excluidas" bajo ninguna forma pueden llevar a cabo APP's; y otra, que ha entendido que las "entidades excluidas" sí pueden adelantar APP's pero bajo el régimen contractual propio de ellas que es el del Derecho Privado (Según varias disposiciones de la Ley 1150 de 2007 y Leyes 142 y 143 de 1994).

Como se acaba de mencionar, la norma que se pone a consideración de la Corte Constitucional puede dar origen a dos interpretaciones, una de las cuales -como lo ha asumido alguna parte del sector- vulnera de manera flagrante los derechos constitucionales de las "entidades excluidas" y empresarios interesados en contratar con ellas, los cuales venían siendo ejercidos desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012, y ahora se han visto afectados. Así, antes de esta Ley, dichas "entidades excluidas" podían adelantar toda clase de proyectos en Asociación con los particulares con fundamento en el Derecho Privado, que es el régimen contractual aplicable a las mismas por regla general; es decir con fundamento en la autonomía de la voluntad y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -en adelante EGCAP-, como más adelante se expondrá.



Así, estas entidades podían adelantar proyectos en asociación con particulares cuando necesitaran el apoyo del sector privado por cuestiones financieras, gerenciales, de gestión, de personal, de ingenio, o cualquier otra razón, que permitiera que el proyecto tuviera mayor impacto que su desarrollo. No obstante, a raíz de la exclusión contenida en el artículo 8° de la Ley 1508 de 2012, alguna parte del sector ha entendido que con la misma se entiende que *ya no* se pueden adelantar proyectos en asocio con el sector privado, bajo ningún esquema - Interpretación que consideramos inconstitucional y sobre la cual nos referiremos a lo largo de esta demanda como inconstitucional, inadecuada y errónea-.

Otra parte del sector -Interpretación que consideramos ajustada a la Constitución-, sin embargo, bajo una apreciación más sistemática, teleológica y garantista de la norma, ha entendido que, tal como la norma lo señala expresamente, dichas entidades quedan "*excluidas del ámbito de aplicación establecido en la presente ley*", lo cual no conlleva la imposibilidad de seguirse rigiendo por el régimen de Derecho



Privado -sobre lo cual se han pronunciado diversas normas, como veremos- y en ese contexto, poner en ejecución todo el abanico de proyectos que la autonomía de la voluntad, como pilar fundamental del Derecho Privado, les permite a las mismas.

Así, este sector ha considerado que la norma se ajusta a las disposiciones constitucionales bajo el entendido que se entiende que dichas entidades están excluidas del régimen de Ley 1508 de 2012 -así como también del EGCAP- no porque no puedan adelantar esos tipos de contratación bajo ninguna circunstancia -lo cual es ilógico porque la contratación hace parte de sus necesidades diarias- sino porque pueden adelantar las mismas pero bajo un régimen más expedito que les permita competir con las empresas afines en cuanto a su objeto social, pero que pertenecen al sector privado, con observancia por supuesto de los principios del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Es así como en esta oportunidad nos permitimos poner a consideración de la honorable Corte Constitucional, esta disposición que ha dado lugar a interpretaciones que ponen en tela de juicio su correspondencia con la Constitución. Esta solicitud se interpone bajo el entendido que la misma equivale a una petición de declaración tácita y parcial de inconstitucionalidad y que tiene origen en la existencia de dos posibles interpretaciones. En un caso similar, dijo la Corte:



“La Corte examinará la solicitud de exequibilidad condicionada realizada por el actor, entendiendo que equivale a una petición de declaración tácita y parcial de inconstitucionalidad, ya que pretende excluir del ordenamiento jurídico una posible opción de interpretación de la norma que se juzga contraria a la Constitución.

(...)

La solicitud se justifica en la medida en que existen dos posibles interpretaciones de la norma: la que asegura que la calidad de no contribuyente de impuestos nacionales y de industria y comercio es absoluta, y la que afirma que aquello ocurre mientras no haya bienes comunes desafectados y destinados a la actividad comercial. Debe acoger la Corte esta segunda interpretación...” (Subrayado ajeno al original).

En igual sentido, la Corte Constitucional ha resaltado y reiterado, de mucho tiempo atrás, que esta solicitud es procedente en virtud del principio de interpretación conforme y de supremacía formal y material de la Constitución, según los cuales:

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-812 de 2009, M.P.: Mauricio González Cuervo.

"Por su parte, la Sala Plena de esta Corporación indicó al respecto en la sentencia C-273 de 1999, que:

"Según el principio de interpretación conforme, la totalidad de los preceptos jurídicos deben ser interpretados de manera tal que su sentido se avenga a las disposiciones constitucionales. La interpretación de una norma que contrarie éste principio es simplemente intolerable en un régimen que parte de la supremacía formal y material de la Constitución (C.P. art. 4).

Ante una norma ambigua, cuya interpretación razonable admita, cuando menos, dos sentidos diversos, el principio de interpretación conforme ordena al intérprete que seleccione aquella interpretación que se adecue de mejor manera a las disposiciones constitucionales. Pero puede ocurrir que una de las dos interpretaciones origine una norma inconstitucional. En este caso debe abrirse un juicio constitucional contra la norma ambigua, al cabo del cual procederá una decisión de exequibilidad condicionada a la expulsión del extremo inconstitucional de la disposición demandada, del ordenamiento jurídico. (Negrilla y subrayado fuera de texto)"²

Solicitamos muy respetuosamente que la Corte Constitucional, como guardiana de la Constitución, en caso de considerar que la anterior solicitud no procede, declare la inexecutable del apartado demandado con fundamento en los argumentos que se exponen a continuación:



III. CARGOS Y RAZONES DE LA VULNERACIÓN A LA CONSTITUCIÓN

1. EXPRESIÓN DEMANDADA	VULNERACIÓN A LA CONSTITUCIÓN
<p>"Artículo 8°. 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,</p>	<p>"ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (...)"</p>

² Corte Constitucional, Sentencia C-878 de 2011, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.



cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección;

(...)

directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem y con los principios de la función administrativa, 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."⁴ (Subrayado ajeno al original).

En ese orden de ideas, bajo la "primera interpretación" –antes referida- el artículo 8º de la Ley 1508 de 2012 se constituye como la más flagrante vulneración no sólo para las entidades estatales que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la Ley sobre Asociaciones Público Privadas, sino también para los agentes privados que, queriendo presentar proyectos que beneficiarían a la entidad estatal excluida, deben abstenerse de hacerlo por cuanto aquéllas no pueden –según esa interpretación- asociarse con los particulares para prestar un mejor servicio público a la comunidad.

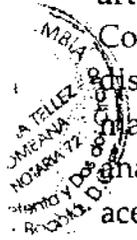
Esto a su vez, le impide a la entidad estatal contratante excluida conocer otras ofertas que podrían ser de mayor interés suyo que de aquellas entidades que no se encuentran en el régimen de excepción, con lo cual se vulnera el principio de igualdad en relación con el derecho de las entidades estatales a conocer varias propuestas (esto es, el principio de concurrencia desde el punto de vista de la entidad estatal). Así lo resaltó la Corte Constitucional en sentencia C-300 de 2012, a propósito del principio de libre concurrencia:

"Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia"

Teniendo en cuenta lo anterior, en relación con el desarrollo que la Corte Constitucional ha dado al principio de libre concurrencia, y la asociación del mismo con los principios de igualdad y de libertad de competencia, es necesario exponer cómo la disposición que se viene comentando –bajo la interpretación que consideramos inconstitucional-, vulnera el principio a la igualdad contenido en los

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.





artículos 13 C.P y 209 C.P; y el derecho a la libre competencia contenido en el artículo 333 C.P. Con respecto al principio de igualdad, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han manifestado que un trato desigual se configura como discriminación cuando no está justificado de manera objetiva y razonable⁵, de manera que el primer paso es verificar si existe o no un trato desigual; para luego, analizar si dicho trato desigual se fundamenta en un fin constitucionalmente aceptado; y si el mencionado trato desigual es el medio adecuado para garantizar el fin constitucional.

A partir de una lectura literal del párrafo comentado, resulta claro que se está dando un trato diferenciado a 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"*, frente a los demás agentes privados y entidades estatales que no se encuentren cobijadas por este régimen de excepción.

La anterior conclusión se encuentra reforzada por los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, según los cuales:



*"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."*⁶
(Subrayado ajeno al original)

Es decir, el trato desigual se da -bajo la interpretación que consideramos inconstitucional- en la imposibilidad que tienen las "entidades excluidas" de conocer proyectos de iniciativa privada; desigualdad que se da en relación con (i)

⁵ Tomando como base la jurisprudencia desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de igualdad con fundamento en el test de igualdad, el cual avala un trato desigual en los siguientes términos: "La norma acusada satisface cabalmente el test de igualdad, habida cuenta de que: (i) los supuestos fácticos son diferentes; (ii) la decisión de tratarlos de manera diferente está fundada en un fin aceptado constitucionalmente; y (iii) la consecución de dicho fin por los medios propuestos es posible y además adecuada." (Subrayado ajeno al original). Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2009. M.P: Mauricio González Cuervo.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001. M.P: Rodrigo Escobar Gil.

las empresas privadas (con las cuales compiten en "igualdad de condiciones") y (ii) las entidades estatales "no excluidas". En cuanto a las empresas privadas, que se rigen por Derecho Privado al igual que las "entidades excluidas", las primeras sí pueden adelantar APP's bajo su régimen privado mientras que las segundas no. En relación con las entidades no excluidas, que inclusive se rigen por una normativa más estricta propia del EGCAP, las mismas sí pueden adelantar APP's aun por un trámite más publicista y estricto de Ley 1508 de 2012, mientras que las "entidades excluidas", con un régimen más laxo, no pueden adelantar APP's ni por Derecho Privado ni por Ley 1508 de 2012, aun cuando las mismas (i) están en constante competencia con las empresas privadas, y (ii) necesitan del poder financiero y gerencial de los grandes estructuradores de proyectos del sector privado, al igual que las entidades no excluidas.

A continuación es necesario tener en cuenta que la Corte ha sido enfática en afirmar que la igualdad sólo se predica entre iguales⁷, de manera que debe analizarse si los supuestos fácticos de las entidades que están excluidas y las que no (empresas privadas y entidades "no excluidas"), son iguales o afines. En relación con las empresas privadas, si bien su naturaleza jurídica es diferente, lo cierto es que tanto estas como las entidades del parágrafo del artículo 8º de la Ley 1508 de 2012, se rigen *para efectos contractuales* por el Derecho Privado, de manera que su naturaleza jurídica no tiene efectos para este análisis como sí lo tendría, por ejemplo, en el plano penal, disciplinario, fiscal y laboral. En este sentido, aun cuando ambas se rigen por Derecho Privado, sólo las primeras pueden adelantar proyectos en alianza con particulares (Trato desigual entre iguales).

Así, por ejemplo, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado –EICE- (caso de las Icoreras, empresas de transportes -Metrolínea S.A, Metroplús S.A, Transcribe S.A-, entre otras) –según la interpretación que consideramos inconstitucional- no podrían adelantar una APP ni siquiera bajo el régimen de Derecho Privado, mientras que las empresas privadas que, en cada circunscripción, le hacen competencia a aquéllas, sí podrían adelantar estos proyectos, lo cual trae consigo a futuro la inviabilidad financiera de las mismas y su posterior liquidación o venta (Casos como el de Cajanal o Carbocol).

⁷ "Artículo 93: El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de igualdad de la Ley a partir de la igualdad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con ello sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado." Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 1993. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.



En relación con las entidades "no excluidas" de Ley 1508 de 2012, desde el punto de vista *contractual*, (i) ambas se rigen por los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de los artículos 209 y 267 C.P, e (ii) igualmente por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades⁸. La única diferencia (que es la que da pie, o bien a la exequibilidad condicionada o bien a la inexecuibilidad) es que las "no excluidas" se rigen por el EGCAP que, como bien sabido es, se trata de un régimen contractual más publicista, más procedimental, que asegura en mayor medida la concurrencia, más estricto y por ende, más demorado. Por el contrario, las "entidades excluidas" se rigen por el Derecho Privado, lo cual tiene sustento en la necesidad de asegurar que compitan en igualdad de condiciones con las empresas privadas que tienen objetos afines.

Así, por ejemplo, una Sociedad de Economía Mixta -SEM- con un porcentaje de participación superior al 50% por parte del Estado (Satena, Ecopetrol, Vecol S.A, Central de Transporte de Santa Marta Ltda, terminales de transporte, etc.) -según la interpretación que consideramos inconstitucional- no podría llevar a cabo APP's bajo el régimen de la Ley 1508 de 2012 (por disposición expresa), ni por Derecho Privado (por la interpretación que venimos criticando), lo cual evidencia el trato diferente entre unas y otras, aun cuando ambas requieren de los beneficios de trabajar en conjunto con el sector privado, bien sea que se haga por Ley 1508 de 2012 (para las que tienen porcentaje mayoritario del Estado) o por Derecho Privado (para las que tienen porcentaje minoritario del Estado).

Ciertamente estas entidades, al estar excluidas de la aplicación del Estatuto General de la Contratación⁹, y estar sometidas a la legislación comercial y civil, no pueden

⁸ Artículo 13, Ley 1150 de 2007: *Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

⁹ Por disposición del artículo 93 de la ley 1474 de 2011, "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

aplicar ni Ley 80 de 1993 ni Ley 1508 de 2012 para llevar a cabo proyectos en asociación con los particulares, con lo cual se les niega la posibilidad de cumplir con los fines estatales que se mencionaron en la exposición de motivos del proyecto que dio origen a la ley 1508 de 2012; y a su vez, se vulnera el principio de igualdad y de concurrencia para aquellos oferentes y estructuradores que, teniendo grandes proyectos para un sector, deben abstenerse de presentarlos.

Las entidades que no se encuentran exceptuadas de este régimen sí pueden aplicar la Ley 1508 de 2012, como sería el caso, por ejemplo, de una Sociedad de Economía Mixta con participación del Estado superior al 50% que se encuentre en competencia con el sector privado nacional, la cual 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 del Estado es menor del 50%, pues en este último evento puede igualmente aplicar el Derecho Privado en sus relaciones contractuales pero no podría llevar a cabo Asociaciones Público Privadas.

Más adelante habrá de argumentarse las razones por las cuales este tratamiento desigual no resulta objetivo y razonable. Por ahora, basta con exponer todos los ejemplos anteriormente dados de acuerdo con lo señalado en el artículo 93 de la ley 1474 de 2011 (Régimen de excepción de aplicación del EGCAP) y en el artículo 8º, parágrafo de la Ley 1508 de 2012 (Régimen de excepción de aplicación de la Ley 1508 de 2012):



Régimen de excepción de aplicación de la Ley 80 de 1993	Régimen de excepción de aplicación de la Ley 1508 de 2012
• Empresas Industriales y Comerciales del Estado	• Empresas Industriales y Comerciales del Estado
• Sociedades de Economía Mixta con participación del Estado mayor al 50%	• Sociedades de Economía Mixta con participación del Estado menor al 50%
• Sus filiales	• Sus filiales
• Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado mayor al 50%	• Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado menor al 50%
• Empresas de Servicios Públicos	• Empresas de Servicios Públicos

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" (Subrayado ajeno al original).

Domiciliarios (arts. 31 y 32 de la ley 142 de 1994)	Domiciliarios
Estarán exentas de este régimen siempre que (i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o (ii) en mercados regulados ¹⁰	Estarán exentas de este régimen las Empresas Industriales y Comerciales del Estado siempre que (i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o (ii) en mercados regulados cuando estas obren como contratantes.
<i>"...Caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales..."</i>	<u>Caso en el cual no pueden adelantar proyectos en asociación con agentes privados de ninguna manera –según la interpretación que consideramos inconstitucional-</u>

Con lo anterior, sólo se ha evacuado el primer paso del test de igualdad, cual es el de examinar si hay un trato desigual. Ahora bien, si se analiza el posible fin constitucional que la norma pretende salvaguardar, se tiene –según nuestra interpretación, que es la que permitiría que la Corte declarara la exequibilidad condicionada de la norma- que el fin que se buscaba con la exclusión es el de asegurar los mismos fines que se buscaron con la Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011, esto es, excluir a dichas entidades del régimen del EGCAP para que estas entidades pudiesen adelantar sus procesos de contratación de manera más expedita y así pudieren competir en igualdad de condiciones con entidades afines.



De igual manera, la exclusión que se señala en el artículo 8º, párrafo pretende que estas entidades no se entiendan sometidas al régimen de la Ley 1508 de 2012, el cual es más estricto que el de Derecho Privado, sino que adelanten sus proyectos de APP's bajo su régimen de Derecho Privado, con aplicación de los principios del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. De esta forma, con la exclusión se aseguran los siguientes fines constitucionales:

¹⁰ En principio las empresas industriales y comerciales del Estado están sujetas a la ley, pero siempre y cuando no se encuentren en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional, o en mercados regulados, con lo que será difícil encontrar cuáles quedan sujetas a la Ley 80. BENAVIDES, José Luis, "La reforma de la ley 80 de 1993: mucho ruido y pocas nueces", revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/.../2590/2229, p. 3. Consultado el 12 de febrero de 2013.

- Del artículo 13 C.P.: Igualdad (entre entidades públicas que necesitan el apoyo de los particulares para adelantar proyectos con los que se desarrollen en forma debida sus objetivos institucionales y se promueva el crecimiento de las entidades frente a otras, con objetos afines); y siendo que la igualdad debe darse entre iguales, entonces la exclusión se justifica porque le permite a las entidades regidas por Derecho Privado, verse excluidas de este régimen más estricto.

- Del artículo 209 C.P.: Igualdad; moralidad, imparcialidad y publicidad (con la previsión de que estar excluidas de Ley 1508 de 2012, las vincula de todas formas a los principios de los artículos constitucionales 209 y 267); y eficacia, celeridad y economía (al permitir que estos proyectos de APP's sean desarrollados bajo un régimen más expedito en tiempo y trámites, pero con los mismos resultados de eficacia).

- Del artículo 333 C.P.: La libertad económica en el sentido que la iniciativa privada para presentar proyectos que impliquen la asociación con el sector público no se vería restringida por razón de la naturaleza jurídica de la entidad receptora del proyecto; pues dicha posibilidad sólo se vería sujeta a cambios en cuanto al régimen aplicable dependiendo del régimen contractual de la entidad receptora, lo cual sí guarda coherencia con la Constitución, pues no cierra de entrada la libertad de empresa.

- Del artículo 38 C.P.: La libertad de asociación de los particulares con el sector público, lo cual se garantiza sustancialmente al permitir que las "entidades excluidas" sigan gozando del régimen contractual que tienen por regla general, sin someterlos a rigurosidades con las cuales no se familiarizan en el plano contractual.

- Del artículo 365 C.P.: La eficiencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios pues, al excluir a las ESP de un régimen más estricto, se armoniza la normativa con el artículo 365 C.P., que remite a las Leyes 142 y 143 de 1994, y que han sido interpretadas por la Corte Constitucional en cuanto a que es precisamente el régimen privado el que permite que estas empresas progresen y sean más eficientes, a diferencia de lo que sucedía con el régimen anterior¹¹.

¹¹ Dijo la Corte Constitucional en la sentencia que declaró la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 142 de 1994 que dispone el régimen de Derecho Privado para las ESP como regla general: "Nada más democrático y participativo que compartir con las comunidades organizadas y los particulares dispuestos a desarrollarla, una función antes radicada única y exclusivamente en cabeza de entidades estatales, bajo el mismo régimen legal, en busca de la optimización de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, dada su ineficiencia bajo el antiguo sistema. Con la expresión

El tercer paso del test de igualdad consiste en examinar si el trato desigual está apoyado en una justificación objetiva y razonable, lo cual debe analizarse a la luz de los efectos y las finalidades de la norma¹², de forma tal que el trato desigual esté respaldado en un fin constitucionalmente aceptado¹³. Como puede apreciarse en la exposición de motivos del proyecto de la entonces Ley 1508 de 2012 (Gaceta No. 823/11), no se encuentra mención alguna que justifique este trato diferencial. De ahí que el único fin que pudo haber pretendido la norma demandada es el que expusimos anteriormente, el cual se sustenta en el estudio del régimen dispuesto para estas entidades según la Ley 80 de 1993, pasando por la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011, y en el estudio de la exposición de motivos de la Ley 1508 de 2012, según la cual, uno de los objetivos planteados con esta Ley era:

“Generar modernización e innovación a través de la competencia producto de los procesos de adjudicación, ya que al estar compitiendo en procesos de diseño y construcción se reducen los costos operativos, los plazos de entrega y se tienen mejores procesos de diseño, construcción y gestión de las instalaciones.”¹⁴

Si se entiende que este no era el fin del “régimen de exclusión”, se tendría que concluir que la exclusión es inexecutable, como quiera que carece de una justificación objetiva y razonable para dar un trato diferente, vulnerando así el principio de igualdad. Es muy difícil creer que la exclusión obedece al capricho del Legislador y que el parágrafo del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012 obedece a una trasplatación mal hecha de lo señalado en el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011. Por el contrario, la limitación fue pensada de manera inteligente con el fin de permitirle a dichas entidades adelantar proyectos bajo el régimen que viene rigiéndolas de tiempo atrás. De lo contrario, este gran mecanismo causaría efectos tan graves como la imposibilidad de llevar a cabo APP's en un país en el cual, tal como se avizoró en la exposición de motivos mencionada, las entidades locales se ven limitadas en el desarrollo de obras dada su insuficiente capacidad financiera; lo cual cobra mayor

demandada, simplemente el legislador quiso reiterar y hacer énfasis en que las únicas razones que deben mover a las administraciones de las empresas, son la búsqueda de eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, el desarrollo de los mismos en el mediano y largo plazos, profesionalismo en la gestión y la satisfacción de los intereses generales, que es el sentido preciso y auténtico de la expresión, derivado de una interpretación sistemática y no recortada de la ley objeto de control.” (Subrayado ajeno al original). Sentencia C-066 de 1997. M.P.: Fabio Morón Díaz.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁴ Exposición de motivos, Gaceta No. 823 de 2011.

relevancia, se tiene en cuenta que las APP's se pueden desarrollar en diferentes sectores de la infraestructura como salud, educación, transporte, servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones, justicia, entre otros.

En esa medida –si nos atenemos a la interpretación según la cual estas entidades están excluidas de la posibilidad de llevar a cabo APP's (sin diferenciar entre APP y régimen de APP) porque el Legislador tuvo un deseo inexplicable de excluirlas-, es imposible llevar a cabo el último paso del test de igualdad cual es el de medir la proporcionalidad entre la norma y el fin perseguido por la misma, toda vez que bajo dicha interpretación, 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.

Así, bajo la interpretación que consideramos errónea, la norma resultaría inexecutable bajo el análisis del test de igualdad en el segundo paso relacionado con el fin constitucional que se inspira el trato desigual (No habría fin justificante). Pero, bajo la interpretación que consideramos adecuada y constitucional, la norma resulta executable bajo el entendido que estar excluidas del régimen de la Ley 1508 de 2012, no les impide adelantar APP's bajo su régimen propio de Derecho Privado, pues fue éste el fin que buscó el Legislador y el sentido y alcance que mejor se acomoda con la Constitución. Incluso bajo una interpretación literal de la norma, se entiende que de lo que se excluyen es del "régimen" (de la Ley 1508), mas no de la "modalidad" (de llevar a cabo APP's).



Ahora bien, si se sigue asumiendo la interpretación que consideramos errónea, el derecho a la libre competencia, como la otra cara del principio de libre concurrencia, se encuentra igualmente transgredido como consecuencia de este parágrafo, toda vez que así puede deducirse fácilmente de la jurisprudencia constitucional según la cual:

"Este principio [el de libre concurrencia] se relaciona con el derecho a la libre competencia y otras libertades económicas, en tanto (i) el contrato estatal es una fuente de ingresos importante para el sector privado y, por tanto, un espacio para el ejercicio de la iniciativa privada y la libre empresa; y (ii) la libre concurrencia

permite competencia entre las personas en capacidad de ofrecer el mismo bien o servicio.”¹⁵ (Subrayado ajeno al original).

En esa medida, si los derechos a la libre competencia, la libertad económica, la libertad de empresa y la iniciativa privada están relacionados con el principio de libre competencia en tanto que implican la posibilidad de participar dentro del proceso de selección, compitiendo en igualdad de condiciones, es claro que en este caso esos derechos se ven imposibilitados como consecuencia de la prohibición para los inversionistas de estructurar y presentar proyectos de iniciativa privada para la provisión de bienes públicos y servicios relacionados a entidades estatales incluidas en el régimen de excepción de la Ley 1508 de 2012. Si bien la libertad de empresa no es un derecho fundamental, la Corte Constitucional ha dejado claro que su intervención vía Ley está sujeta a unos lineamientos y límites, cuales son:

*“De hecho la jurisprudencia de esta Corporación ha restringido las limitaciones que la ley pretenda imponer a la libertad de ejercicio empresarial, a las siguientes condiciones: “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía (Sentencia T-291 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); iv) debe obedecer al principio de solidaridad (Sentencia T-240 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (Sentencia C-398 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo)”*¹⁶

En el presente caso –bajo la interpretación diferente a la que consideramos correcta-, se ha intervenido la economía de manera injustificada y aleatoria, en contravía de la jurisprudencia anteriormente citada, como quiera que la restricción que impone la Ley 1508 de 2012 a las “entidades excluidas” (i) carece de justificación alguna y en esa medida (ii) no obedece a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, con lo cual (iii) se afecta el núcleo esencial de la libertad de empresa, en la medida que se restringe el normal funcionamiento¹⁷ de las entidades incluidas en el régimen de excepción, (iv) sin que pueda alegarse si quiera que el motivo por el cual se limita esta garantía obedezca al principio de solidaridad o al papel redistributivo del Estado. Con respecto al principio de

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2009. M.P: María Victoria Calle Correa.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-769 de 2005. M.P: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁷ “El derecho consagrado en el artículo 333 de la Carta Política no sólo entraña la libertad de iniciar una actividad económica sino la de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad” Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 2004. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

solidaridad y su incidencia en la intervención del Estado en la economía, ha resaltado la Corte Constitucional:

"La Constitución de 1991, norma de normas en nuestro sistema jurídico, instituye el Estado social de derecho y hace suyo el valor de la solidaridad. Esta nueva forma de Estado, elevada a principio de comportamiento del poder público colombiano tiene como característica esencial en el plano económico la de legitimarlo para intervenir en las relaciones privadas de producción, a través de una política fundada en el principio de solidaridad y en el papel redistributivo del Estado.

Dentro de este contexto y acompañada del principio de solidaridad, la libertad económica se entiende, no como el "dejar hacer dejar pasar", propio del Estado liberal clásico, sino como la promoción de las condiciones sociales y económicas básicas para el desarrollo autónomo de la persona.

(...)

*Es bajo esta nueva concepción que se legitiman importantes instrumentos de intervención, tanto para la búsqueda de eficacia como de equidad. El papel del mercado como instrumento de asignación de recursos se concilia con el papel económico, político y social del Estado redistribuidor de recursos. Si damos, como lo quiere la Carta, valor jurídico a los principios constitucionales, no puede ser otra la interpretación del Estado colombiano actual. En este sentido, la tarea de los poderes públicos es la de generar una sociedad más justa y solidaria."*¹⁸ (Subrayado ajeno al original).



En esa medida, es claro que la limitación contenida en el parágrafo del artículo 8º de la Ley 1508 de 2012 no se encuentra respaldada en el principio de solidaridad, dado que la misma no guarda relación con el papel redistributivo que está a cargo del Estado.

Ahora bien, la libre competencia no sólo resulta afectada para los inversionistas, sino también para las entidades estatales excluidas, pues éstas, bien sea que se trate de 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%), [o] las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios" en su calidad de contratistas, o se trate de 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" en su calidad de contratantes, no podrán competir libremente con el sector privado, el cual, se encuentra salvaguardado de cualquier limitación en su derecho de asociación para llevar a cabo actividades económicas, dado que el

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-040 de 1993. M.P: Ciro Angarita Barón.

sector privado, a diferencia de lo que vemos con las “entidades excluidas”, no tiene restricciones de entrada para llevar a cabo este tipo de proyectos.

Sobre lo señalado por la Corte Constitucional en relación con lo que implica la libre competencia y cómo se ve quebrantada la misma, téngase en cuenta lo mencionado en el siguiente aparte:

“La libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, invierten sus esfuerzos, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. Bajo estas consideraciones la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, tiene como finalidad alcanzar un estado que permita la obtención del lucro individual para el empresario, y a la vez que genere beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo.”¹⁹(Subrayado ajeno al original).

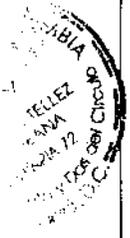
En esa medida, ¿cómo podría asegurarse la libertad de competencia a entidades que “desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados” si no se les permite que inviertan sus esfuerzos con otros aliados para conquistar el mercado, como sí lo pueden hacer las “entidades no excluidas”? La respuesta es que no se podría, pues 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 APP’s, sencillamente no habría lugar a examinar las condiciones de competencia, pues no habría competencia alguna.



2. EXPRESIÓN DEMANDADA	VULNERACIÓN A LA CONSTITUCIÓN
<p><i>“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</i></p>	<p><i>“ARTICULO 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.”</i></p>

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 2002. M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

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."



Razones por las cuales la expresión demandada del parágrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012 vulnera el derecho a la libertad de asociación.

El derecho de asociación está regulado por la Constitución dependiendo de la forma de asociación que se trate. Así, se consagra inicialmente un derecho genérico de asociación en el artículo 38 C.P, y otras formas de asociación según se trate de sindicatos de trabajadores y empleadores (art. 39 C.P), asociaciones para la participación electoral (arts. 103, 107 y 108 C.P), asociaciones religiosas (art. 19 C.P), asociaciones encaminadas a hacer efectivo el derecho a la vivienda (art. 51 C.P), asociaciones fundadas en el principio de solidaridad (art. 58, 60 y 333 C.P), entre otras. Es decir, las posibilidades de asociación que permite la Constitución son varias. En este caso se trata de la Asociación Público Privada, la cual –según la interpretación que consideramos inconstitucional- le es prohibida a las "entidades excluidas". Sobre la consagración que ha establecido la jurisprudencia constitucional en relación con la asociación para formar empresa, téngase en cuenta lo siguiente:



*"Finalmente, y sin que esta enumeración pretenda ser taxativa, la Constitución colombiana, al reconocer la propiedad privada y la libertad de empresa (C.P art 58 y 333), establece también la posibilidad de fundar empresas, las cuáles pueden ser individuales o resultar del concurso de varias personas, como ocurre con las múltiples formas de sociedades comerciales."*²⁰

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994. M.P: Alejandro Martínez Caballero.

El derecho de asociación en sentido genérico ha sido entendido por la Corte Constitucional *"como el ejercicio libre y voluntario de los ciudadanos encaminado a fundar o integrar formalmente agrupaciones permanentes con propósitos concretos"*; derecho del cual son titulares tanto las personas naturales como las personas jurídicas, y dentro de estas últimas, las de Derecho Público, las cuales son titulares de derechos, siempre que la naturaleza de las mismas lo permita²¹. En cuanto al derecho de asociación, es claro que tanto la naturaleza de las entidades estatales como la jurisprudencia de la Corte Constitucional permiten que éstas se asocien con particulares para adelantar proyectos de diversa índole siempre que no esté en contravía de la Constitución y la Ley²².

Así pues, según la interpretación que consideramos ajustada a la Constitución, es claro que la Ley 1508 de 2012, en relación con el párrafo demandado, no pretendía impedir expresa y concretamente el ejercicio del derecho de asociación con los particulares, sino por el contrario, buscaba fortalecer el mismo 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. Si el párrafo del artículo 8 no hubiese excluido a dichas entidades, ningún particular y ninguna de dichas entidades habría emprendido APP's bajo el régimen privado que dirige sus contrataciones hace años. Sencillamente habrían aplicado la Ley 1508 de 2012, con la desventaja que tendrían frente a sus potenciales competidores (no igualdad –se reitera–)

Teniendo en cuenta que dentro del gran espectro de derechos que se derivan del derecho de asociación, se encuentra el de crear asociaciones, escoger libremente el

²¹ *"(...) las personas jurídicas de Derecho Público pueden ser titulares de aquellos derechos fundamentales cuya naturaleza así lo admita y, por lo tanto, están constitucionalmente habilitadas para ejercitarlos y defenderlos a través de los recursos que, para tales efectos, ofrece el ordenamiento jurídico."* (Subrayado ajeno al original). Corte Constitucional Sentencia SU-182-1998. En esta ocasión la Corte manifestó que: "Dentro de las personas jurídicas, las estatales propiamente dichas así como las de capital mixto -público y privado- no están excluidas de los derechos fundamentales, en lo que se ajuste a su naturaleza, actividad y funciones, toda vez que, por conducto de sus órganos y con indudable repercusión en el interés y en los derechos de los seres humanos, son sujetos que obran con mayor o menor autonomía dentro del cuerpo social, que no puede menos de reconocer su existencia y su influjo, benéfico o perjudicial según cada caso, como tampoco ignorar sus obligaciones, deberes, cargas y prerrogativas. La persona jurídica pública no es un simple enunciado teórico ni una ficción, como durante algún tiempo lo aceptaron la ley y la doctrina, sino una incontrastable y evidente realidad que las normas no ignoran ejerce derechos y contrae obligaciones".

²² Corte Constitucional. Sentencia T-396 de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.



tipo de asociación al cual vincularse, entre otros, resulta claro que el parágrafo del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012 –bajo la interpretación que consideramos inadecuada- vulnera el derecho de asociación como quiera que expresamente le niega a las entidades mencionadas cualquier posibilidad de *asociación* con agentes privados para la ejecución de proyectos. De lo contrario, la norma es exequible si es analizada desde un punto de vista sistemático y teleológico, e incluso literal de la siguiente manera:

- Desde el punto de vista *sistemático*, en la medida que la norma demandada debe analizarse a la luz de las disposiciones del EGCAP que rigen a las “entidades excluidas”, de manera que se entienda que, es por el mismo objeto social de las mismas, que la Ley en general les ha asegurado un régimen de Derecho Privado (Es decir, para asegurar los derechos y principios del artículo 209 de la Constitución).

- Desde el punto de vista *teleológico*, en el sentido que la única razón de ser de dicho parágrafo es precisamente impedir que las “entidades excluidas” queden sometidas al *régimen* de dicha Ley, con lo cual la modalidad de APP’s sería incoherente en relación con el régimen contractual que los vincula como regla general (Derecho Privado). Igualmente, la expresión demandada busca que las “entidades excluidas” puedan competir frente a entidades afines en igualdad de condiciones (Es decir, asegurar el derecho y principio a la igualdad del artículo 13 de la Constitución).

- Desde el punto de vista *literal*, dado que la norma demandada es demasiado clara en que las “entidades excluidas” “se entenderán excluidas del ámbito de aplicación establecido en la presente ley”; es decir, se excluyen del “ámbito de Ley 1508 de 2012”, no excluidas de la “posibilidad de ejecutar APP’s bajo su régimen”.



3. EXPRESIÓN DEMANDADA	VULNERACIÓN A LA CONSTITUCIÓN
<p>“Artículo 8°. 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</p>	<p>“ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por</p>

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.

comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Razones por las cuales la expresión demandada del parágrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012 contraviene la liberalización de la prestación de los servicios públicos domiciliarios

Teniendo en cuenta que el parágrafo del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012 establece que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la misma las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, y en atención al principio hermenéutico según el cual donde la Ley no distingue no le es dable al intérprete distinguir, se tiene que están incluidas dentro del ámbito de excepción todas las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios -ESP-, independientemente de su naturaleza privada, oficial o mixta. Lo anterior contraviene el artículo 365 de la Constitución, así como lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 y el parágrafo del artículo 8° de la Ley 143 de 1994. En cuanto al artículo 365 C.P, que es el pertinente para la presente acción, es menester recordar que es a través de este precepto constitucional que se desmontó la monopolización en la prestación de los servicios públicos domiciliarios a cargo del Estado, para permitir que la prestación sea llevada a cabo por parte de los particulares, siempre y cuando el Estado mantenga la regulación, el control y la vigilancia sobre los mismos. En ese



orden de ideas, se permitió la libertad de entrada y la libertad de inversión en la prestación de los mismos²³.

A la luz de los artículos citados de las Leyes 142 y 143 de 1994, los actos de *todas* las empresas de servicios públicos, se rigen por lo dispuesto en las reglas del Derecho Privado, salvo que la Constitución o la ley dispongan lo contrario²⁴. En este orden de ideas, es claro cómo la disposición que se demanda en esta oportunidad –bajo la interpretación que consideramos inconstitucional– se opone a la posibilidad de que los servicios públicos domiciliarios –SPD– sean 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 las ESP –sea cual sea su naturaleza– para la prestación de servicios públicos domiciliarios.

En ese sentido, si se acogiese como adecuada la interpretación que hemos venido criticando, se tendría que sólo a partir de una norma legal se desmontó una nueva concepción del Servicio Público, dada a partir de la Constitución de 1991, relacionada con la liberalización de los mismos. Sin duda alguna, la liberalización de los servicios públicos ha sido un punto importante dentro de las transformaciones del Estado Social, y con esta interpretación errónea que ha asumido parte del sector, se volvería aún más publicista la prestación de estos servicios, retornando o bien a la monopolización de los SPD (si se tiene en cuenta en realidad cómo funciona la prestación de los SPD en la actualidad) o bien a la imposibilidad de que sean los particulares quienes indirectamente presten los

²³ Se mencionó en el entonces proyecto de la ley 142 de 1994: "Por ello, para no tener que privatizar, enajenar o liquidar en todos los casos las empresas oficiales monopolísticas, como ordenaría el inciso séptimo del artículo 336 de la Constitución, el proyecto considera que es preciso crearles competencia, es decir, terminar con su condición monopolística. Tal es la razón por la que el proyecto busca facilitar la libertad de entrada al sector de los servicios públicos a todos quienes deseen prestarlos, inclusive a particulares, (art. 10, numeral 10.4; y artículos 17, 18 Y 27). En este punto, el proyecto acata el artículo 365 de la Constitución Política." (Subrayado ajeno al original). Exposición de motivos. Gaceta del Congreso de noviembre 17 de 1992.

²⁴ "Artículo 32. Salvo 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.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce."

SPD. Téngase en cuenta que el artículo 365 constitucional permite que los SPD sean “prestados indirectamente por los particulares”.

Retomar la monopolización en la prestación de los servicios públicos domiciliarios representa un retroceso mayor cuando se tienen en cuenta las justificaciones del Legislador de 1994, quien inspirado en la posibilidad de configuración legislativa otorgada por el artículo 365 C.P., estableció un régimen totalmente distinto al que existía antes de la ley 142 de 1994, pues fue precisamente por las deficiencias que presentaba el antiguo régimen de prestación de estos servicios, que se decidió desmonopolizar dicha actividad en cabeza del Estado. Al respecto, ténganse en cuenta los motivos esbozados en aquel entonces, según los cuales:

“4.8. Una de las razones por las cuales los colombianos no disponen de servicios domiciliarios en cantidad, radica en que no ha habido competencia en el sector; en la práctica, éste ha estado sujeto a monopolios oficiales. No ha existido, en la práctica, libertad de entrada al sector de servicios públicos y el monopolio oficial limita la posibilidad de vincular recursos a la prestación de los servicios, pues éstos quedan dependientes de las disponibilidades fiscales y, en ese sentido, el monopolio impide la ampliación de la cobertura. El monopolio, al mismo tiempo, carece de incentivos para ser eficiente, y ello ocasiona que los usuarios tengan que pagar tarifas innecesariamente altas, y recibir servicios de calidad pobre. La principal víctima del monopolio oficial ha sido, entonces, el usuario.

4.9. Por ello, para no tener que privatizar, enajenar o liquidar en todos los casos empresas oficiales monopolísticas, como ordenaría el inciso séptimo del artículo 336 de la Constitución, el proyecto considera que es preciso crearles competencia, es decir, terminar con su condición monopolística. Tal es la razón por la que el proyecto busca facilitar la libertad de entrada al sector de los servicios públicos a todos quienes deseen prestarlos, inclusive a particulares, (art. 10, numeral 10.4; y artículos 17, 18 Y 27). En este punto, el proyecto acata el artículo 3.65 de la Constitución Política.”²⁵. (Subrayado ajeno al original).

En ese sentido, es claro que la voluntad del constituyente y del legislador fue la de hacer más eficiente al sistema de prestación de SPD, de manera que la misma no quedara únicamente en cabeza del Estado, sino también en cabeza de los particulares, bien fuera directamente por medio de ESP privadas o mixtas, o bien indirectamente por mecanismos de colaboración, y ¿qué son las APP's sino mecanismos de cooperación, asociación, ayuda mutua, integración de esfuerzos para adelantar megaproyectos que permitan una mejor prestación de servicios públicos?

Es por lo anterior que consideramos que el fin del Legislador con el régimen de exclusión de la Ley 1508 de 2012, no era impedirle a las E5P que se avanzara en la liberalización de

²⁵ Exposición de motivos. Gaceta del Congreso de noviembre 17 de 1992.

los SPD permitiendo mecanismos de cooperación y colaboración como las APP's, sino todo lo contrario: excluirlas en virtud de las mismas razones que aplicaban (y aplican hoy en día) para las demás entidades excluidas del EGCAP, esto es, que su régimen sea de Derecho Privado para efectos de ejecutar APP's. Someterlas al mecanismo de la Ley 1508 de 2012 resultaba desproporcionado y podría terminar afectando la garantía de los derechos y principios contenidos en el artículo 209 C.P.

Razones por las cuales la expresión demandada del párrafo del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012 contraviene los principios propios del Estado Social de Derecho y los principios de la función administrativa

Mediante el artículo 39 de la Ley 1508 de 2011²⁶ se derogó expresamente el párrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993²⁷, que es la norma que le permitía a los particulares presentarle proyectos de infraestructura a todas las entidades estatales, *sin exclusión alguna*. La anterior norma fue examinada por la Corte Constitucional en cuanto a su exequibilidad, siendo declarada acorde a la Constitución por las mismas razones que han sido expuestas con anterioridad, esto es, que la asociación de los 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 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.

Así, en el examen de la mencionada norma de la Ley 80 de 1993, y ante la pregunta de si "¿La autorización conferida en la norma acusada a los interesados a fin de que presenten ofertas para celebrar contratos de concesión de una obra pública con el Estado implica un trato discriminatorio para los proponentes de otros contratos?", la Corte respondió:

"La respuesta al anterior interrogante no ofrece mayor dificultad: la posibilidad que consagra la ley de contratación para que en los contratos de concesión de obra pública los interesados presenten sus ofertas ante la administración, incluyendo la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental, encuentra su razón de ser en la importancia que tiene la contratación estatal en la consecución de los objetivos esenciales del Estado Social de Derecho, pues es un hecho notorio que la satisfacción de las necesidades colectivas, así como la prestación eficiente de los servicios públicos esenciales, demanda una constante actividad contractual que, las más

²⁶ "Artículo 39, Ley 80 de 1993. Vigencias y derogatorias. La presente ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en particular el párrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007.

²⁷ "Artículo 32, Párrafo 2°: Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental..." (Subrayado ajeno al original).



de las veces, se concreta en la realización de importantes proyectos o macroproyectos de infraestructura que son sufragados con cuantiosas sumas de dinero provenientes del tesoro público.

[Es decir, dado que la contratación estatal busca la consecución de los objetivos del Estado Social de Derecho, los interesados puede presentar ofertas a las entidades estatales para llevar a cabo obras públicas]

“Esta incidencia social del contrato de obra pública determina que en esta clase contratos exista un mayor compromiso del interés general que el comúnmente involucrado en los demás contratos estatales, razón por la cual la ley de contratación con acierto ha considerado que en estos eventos no es necesario esperar a que la administración haga la invitación correspondiente ordenando la apertura de la licitación, y por ello autoriza a los interesados para que activen la gestión contractual mediante la presentación de las ofertas para celebrar contratos de concesión de obra pública.

[Es decir, la razón de ser de la posibilidad que tienen los particulares para proponer proyectos de infraestructura, está en que ello ayuda a activar la gestión contractual de la Administración]

“Repárese, en este sentido, que al fin y al cabo los particulares que tienen la expectativa de celebrar contratos con el Estado no sólo están animados por el deseo de obtener utilidades, sino principalmente obran con la conciencia de que cumplen una función social que implica obligaciones y colaboran efectivamente con el Estado en el logro de los fines para los cuales fue constituido (artículo 3º de la Ley 80 de 1993).

[Es decir, la Corte ya señaló años atrás lo que en esta oportunidad resaltamos: Que los particulares son colaboradores dentro de la contratación estatal, y en ese sentido, no sólo buscan la obtención de utilidades, sino también colaborar con los fines sociales del Estado]

(...)

Así, pues, la finalidad de la medida censurada no es otra que propiciar la vinculación de la ciudadanía en el impulso de las decisiones administrativas relacionadas con la ejecución de las grandes obras destinadas al servicio o uso público, propósito que es congruente con los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen la función administrativa, conforme a lo previsto en el artículo 209 de la Carta Política.

Al efecto, la norma que se examina también autoriza a los proponentes para que presenten diversas posibilidades de asociación con la sola promesa de sociedad y sujetándose a las exigencias allí reguladas, lo cual abre el abanico de posibilidades para todas aquellas personas interesadas en adelantar trabajos de infraestructura mediante el contrato de concesión de obra pública.

Por lo anterior, se declarará la exequibilidad del parágrafo 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.”



Como puede verse, la posibilidad que la Constitución y la Corte Constitucional les dan a los particulares para que co-participen en la consecución de los fines estatales tiene unas justificaciones constitucionales que han sido analizadas a profundidad por la doctrina constitucional de tiempo atrás; y mal haría una interpretación errónea de una Ley al pretender erradicar la asociación entre ciertas entidades estatales y los particulares para la ejecución de megaproyectos, cuando la finalidad de la Ley es otra muy distinta: Permitir que dichas APP's se sigan rigiendo bajo el régimen de Derecho Privado en concordancia con el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

CONCLUSIÓN:

Desarrollados los anteriores argumentos con respecto a la violación de los principios de libre competencia (igualdad y libre competencia), asociación, liberalización en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, Estado Social de Derecho y función administrativa, resulta necesario que la Honorable Corte Constitucional, como guardiana de la Constitución y máximo intérprete autorizado de la misma, se pronuncie respecto de la prohibición que recae sobre 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"*, para adelantar proyectos bajo el régimen de las Asociaciones Público Privadas; declarando exequible el parágrafo del artículo 8º de la Ley 1508 de 2012, bajo el entendido que dicha exclusión no le impide a las mismas desarrollar proyectos de esta naturaleza bajo el régimen contractual propio de cada una de ellas, esto es, el de Derecho Privado.



En caso de considerar que los argumentos que hemos esbozado anteriormente no son válidos y que, por el contrario, la interpretación que consideramos contraria a la Constitución, es la que efectivamente buscaba el Legislador al momento de expedir el mencionado parágrafo, declárese entonces la inexecutable de la misma por contrariar los principios de libre competencia (igualdad y libre competencia), asociación y liberalización en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, según los argumentos que expusimos anteriormente o los que la Corte sabiamente considere.

IV. PROCEDIMIENTO

El indicado por la Constitución Nacional, el Decreto 2067 de 1991 y el Reglamento de la Corte Constitucional.

V. COMPETENCIA

Es competente la Corte Constitucional para conocer esta demanda, de conformidad con el artículo 239 y siguientes de la Constitución Nacional, el Decreto 2067 de 1991 y el Reglamento de la Corporación.

VI. NOTIFICACIONES

Las suscritas recibirán notificaciones en la calle 90 No. 18-16, oficinas 301 y 401, de Bogotá. Teléfonos 3847540 - 3847557

De los Honorables Magistrados,

Con todo respeto.

Ana María Moncada Zapata
ANA MARÍA MONCADA ZAPATA
C.C. 39.175.381
T.P. 169.252 del C.S. de la J

Diana Rueda Prada
DIANA RUEDA PRADA
C.C. 1.010.184.203
T.P. 227.856 del C.S. de la J

