

C-050-15

Sentencia C-050/15

REGIMEN JURIDICO DE LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS Y NORMAS ORGANICAS DE PRESUPUESTO-Exclusión del ámbito de aplicación

PARTICIPACION EN LA CONFORMACION DE ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS DE ENTIDADES DE NATURALEZA PUBLICA O MIXTA-Inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

Referencia: expediente D-10324

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”.

Actor: Ana María Moncada Zapata y otra

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil quince (2015).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la Acción Pública consagrada en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución Política, los ciudadanos demandantes solicitan a la Corte que declare la inexequibilidad del artículo 8 parcial 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”.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada según publicación en el Diario Oficial No. 48308 del 10 de enero de 2012:

III. LA DEMANDA

Las accionantes consideran que el párrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012 acusado debe ser declarado exequible de manera condicionada, o que se debe declarar la inconstitucionalidad de la norma, pues con ella se vulnerarían los principios de libre concurrencia, que incluye los de igualdad (art. 13 CP) y libre competencia (art. 333 CP); el de asociación (art. 38 CP); el de liberalización en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (art. 365 CP); la cláusula del Estado Social de Derecho y los principios que rigen la función administrativa (art. 229 CP).

En este sentido, las demandantes argumentan que el “régimen de excepción” que prevé la norma, las entidades excluidas sí pueden llevar a cabo Asociaciones Público Privadas -APP- bajo el régimen contractual propio de ellas, es decir el derecho privado, al quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012 y del EGCAP. Bajo esta interpretación, consideran que la Corte debe declarar la exequibilidad condicionada de la norma, en el entendido de que “pueden seguir adelantando proyectos en asociación público privada en el marco del régimen legal que en cada caso le otorga el legislador, predominantemente de derecho privado”.

De otra parte, afirman que la norma presenta una segunda posible interpretación relativa a que las entidades excluidas bajo ninguna forma pueden adelantar APP, lo cual resultaría inconstitucional, inadecuado y erróneo, pues se estarían vulnerando los arts. 13, 38, 333 y 365 CP.

Por estas razones, consideran que la medida de exclusión de las entidades previstas por la disposición acusada desconoce los derechos a la igualdad, a la libre competencia, el derecho de asociación, el régimen de los servicios públicos, la cláusula del Estado Social de Derecho y los principios de la función administrativa.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino a través de apoderado judicial para solicitar a la Corte que se declare inhibida para pronunciarse de fondo en la presente acción pública; o que en forma subsidiaria se declare la exequibilidad de la norma demandada.

Sostiene que existe ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto el escrito de acusación no cumple con las exigencias constitucionales que debe tener este tipo de acción, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2º del Decreto 2067 de 1991.

Advierte que las actoras encuentran dos interpretaciones de la norma y tratan de argumentar las razones por las cuales se vulneran los artículos 13, 38, 333 y 365 CP, sin dar razones suficientes en cada punto para demostrar estas violaciones de la Constitución. Por lo tanto, considera que la demanda no se soporta sobre una explicación razonable, clara, pertinente, específica y suficiente, ya que no hay una “construcción de un cargo que tenga un hilo conductor de causalidad entre razones jurídicas que den comprensión del párrafo acusado y la consecuencia de las dos interpretaciones señaladas”. Aduce que las actoras someten a un juicio de inconstitucionalidad una interpretación subjetiva e íntima de las mismas “por subsunción del enunciado normativo demandado sin conexión con su contenido literal”.

El Ministerio continúa su intervención para subsidiariamente defender de fondo el párrafo del artículo 8, en caso de que la Corte encuentre una duda razonable para examinar la norma demandada. A juicio del Ministerio es evidente que lo consagrado en el artículo demandado y el sentido del mismo no indica otra cosa sino que la ley excluye del ámbito de la aplicación de la norma a las entidades de la lista, siempre que cumplan con la última condición expuesta, es decir, cuando obren como contratantes.

Considera que las actoras ponen toda su atención en la primera parte del párrafo omitiendo el resto de su contenido, especialmente las condiciones de que estas “entidades desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados y cuando obren como contratantes”, razón por la cual se presenta según las demandantes el desacuerdo respecto de las diversas interpretaciones que señalan en la acción pública. Para el Ministerio es claro que la ley determina las entidades excluidas de participar dentro de los contratos de APP's como oferentes o contratistas, esto es, la ley las excluye como contratantes, teniendo como criterio el “capital público que conforman estas empresas”.

2. Ministerio de Transporte

El Ministerio de Transporte intervino a través de apoderada para solicitar a la Corte que se declare inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda o que subsidiariamente declare la constitucionalidad de la norma demandada.

Afirma que la demanda no cumple con los requisitos del Decreto 2067 de 1991, pues no hay claridad en las razones por las cuales la norma vulneraría la Constitución Política, ni se indica por qué la Corte Constitucional es la competente para conocer la demanda. Además, considera que la interpretación que hacen las demandantes, la cual no ha sido probada, podría ser demandada frente a una jurisdicción diferente a la constitucional.

Asegura que las actuaciones de la Corte en las que se ha condicionado la exequibilidad de las normas que se demandan, ha sido como resultado de juicios de inconstitucionalidad, en los cuales no se acusa la interpretación de las mismas, sino su confrontación directa con la Constitución Política. En consecuencia, señala que en la demanda no se encuentra “una confrontación real entre el precepto que excluye del ámbito de aplicación de la Ley 1508 a ciertas entidades y la Carta Política”. Entiende el Ministerio que lo que solicitan las actoras no es la declaración de inconstitucionalidad de la norma, sino un pronunciamiento de la Corte sobre una posible interpretación de la misma.

La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República intervino a través de apoderado judicial para solicitar a la Corte declarar la constitucionalidad de la norma demandada.

Argumenta que la demanda está basada en una interpretación incorrecta de la figura

regulada por la norma, puesto que lo que ésta señala es que “las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación inferior al 50 %, y sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al 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 no podrán actuar como contratantes en los procesos de contratación bajo la modalidad de APP”, y por tanto no se derivan las consecuencias jurídicas que las demandantes afirman.

Sostiene que las accionantes realizan una lectura incompleta de la norma, ya que la misma consagra que las empresas indicadas quedan excluidas del ámbito de la aplicación de la ley cuando actúen como contratantes, lo que indica que esas entidades pueden participar si se presentan como contratistas de las empresas del Estado, es decir, que la norma prohíbe que estas empresas actúen como entidad pública contratante por el carácter privado de su composición. Con esto considera la Secretaría, que se desmonta desde su base la argumentación presentada en la demanda.

Observa que la norma establece que empresas con un porcentaje de participación inferior al 50% del Estado o que compiten en el mercado en igualdad de condiciones con los privados no pueden ser contratantes en el modelo de APP, lo que es “lógico, justo y concordante” con la Ley 1508 de 2012, por su condición que se asimila a las empresas particulares, lo cual las hace inapropiadas para ese modelo. Por este motivo, en criterio de la Secretaría no es cierto lo afirmado en la demanda respecto de que estas empresas excluidas se encuentren en desigualdad respecto a las empresas que no tengan participación estatal, ya que la restricción es únicamente para el rol de “entidad contratante”, y tampoco se puede afirmar que haya una discriminación de las “excluidas” en relación con las entidades públicas. De conformidad con lo anterior, concluye que la demanda tiene un planteamiento equivocado.

4. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Superservicios

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superservicios, intervino en la presente demanda contra el parágrafo del artículo 8º de la Ley 1508 de 2012, para solicitar a la Corte declarar la constitucionalidad de esta norma.

Menciona que comparte el concepto emitido por el Departamento Nacional de Planeación mediante comunicación No. 20133220596791 del 1º de agosto de 2013, en donde expresa que: “De conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012, se entienden excluidos del ámbito de aplicación de dicha ley, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios cuando éstas obren como contratantes; (...)

(...) Bajo el anterior marco jurídico, las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser sujetos de aplicación de la citada ley cuando actúan como contratistas, caso en el cual con las mismas prerrogativas que la ley otorga a las personas naturales y jurídicas de derecho privado. (...)” (Subrayas de Superservicios)

Concluye señalando que, el parágrafo del art. 8 demandado “no establece de ninguna manera una prohibición para que las empresas de servicios públicos domiciliarios actúen como contratantes bajo esquemas de asociación, sino que no las restringe a hacerlo bajo las provisiones” de la ley en mención.

5. Colombia Compra Eficiente

Colombia Compra Eficiente intervino en la presente demanda de inconstitucionalidad, a través de su Secretario General, para solicitar a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad condicional del parágrafo del artículo 8º de la Ley 1508 de 2012, “siempre que su interpretación se ajuste al texto constitucional y no prohíba a las entidades relacionadas realizar Asociaciones Público Privadas”.

Afirma que las “entidades excluidas” por la norma demandada están determinadas o condicionadas por su propio régimen contractual, lo que les permite hacer cualquier tipo de asociación como las APP. Considera que la disposición demandada era innecesaria ya que estas entidades excluidas pueden realizar una APP bajo el régimen contractual propio de cada una de ellas, de manera que al posibilitar otra interpretación diferente, debe condicionarse su exequibilidad.

Sostiene que una interpretación en la que se prohíba a las entidades excluidas realizar APP's es contraria al ordenamiento jurídico colombiano ya que vulneraría los arts. 13, 209 y 333 Superiores, por cuanto “las garantías que permiten a estos sujetos de relaciones jurídicas, realizar todo tipo de asociaciones, hacen parte del texto constitucional como

máxima regla de reconocimiento, y en consecuencia tienen supremacía sobre el resto de prescripciones del sistema jurídico vigente”.

6. Universidad Libre

La Universidad Libre envió a esta Corporación concepto del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho, en el cual manifiesta que la Corte Constitucional debe declarar exequible la norma demandada.

Sostiene que a pesar del esfuerzo que hacen las demandantes para sustentar el por qué no se pueden excluir las entidades señaladas en el art. 8 de la Ley 1508 de 2012, éstas fallan en su esfuerzo, ya que la “supuesta interpretación discordante” jamás se presenta en realidad. Es claro para la Universidad que el inciso del artículo acusado lo que busca es indicar cuál es el régimen de contratación al que se debe someter todo proyecto de APP y lo identifica con el régimen de contratación pública de la Ley 80 de 1993 y normas concordantes. Por su parte, el párrafo de la norma excluye del régimen de contratación administrativa a las entidades que menciona, porque éstas no tienen nunca mayoría de capital de origen público y por lo tanto su régimen de contratación sería de régimen privado, entendimiento que se verifica del contenido final del párrafo que consagra “cuando estas obren como contratantes”. Es decir que estas empresas siendo contratantes no están sujetas al régimen de contratación pública sino privada, lo cual en criterio de la Universidad es una conclusión literal, lógica y sistemática, por cuanto el capital de origen público es minoritario.

Finaliza afirmando que se entiende de manera literal la claridad de la exclusión, pues cuando esas entidades especiales contraten proyectos públicos privados y actúen como contratantes, deben ajustarse al régimen legal de derecho privado. Por lo tanto, tras el análisis realizado de la norma y normas concordantes en materia de contratación administrativa, concluye que no se ha incluido la prohibición alegada por las demandantes a las mencionadas entidades.

7. Universidad Externado de Colombia

La Universidad Externado de Colombia envía su concepto dentro del presente proceso para solicitar se declare la constitucionalidad del párrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012.

Menciona que en la demanda las actoras exponen dos extremos interpretativos de la norma. A este respecto, la Universidad repara en que esta pretensión de las demandantes adolece de dos inconsistencias:

(i) Advierte que no se puede argumentar que el legislador tenga la intención de prohibir la facultad de contratar por parte de las entidades excluidas, sino de no permitir que lo desarrollen mediante el régimen de la Ley 1508 de 2012.

(ii) De otra parte, afirma que el legislador no está innovando al decir que estas entidades deben contratar por el régimen privado y no por el público, puesto que esta postura jurídica obedece a una línea jurídica legal y jurisprudencial de vieja data.

Considera que existe una tercera interpretación de la norma que estiman es la solución para este problema y se haya justamente en la misma Ley 1508 de 2012, específicamente en el mismo párrafo “Se entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley”. Con la sola lectura de este extracto queda claro para la Universidad, que del marco de exclusión planteado en la ley, “solo se excluye a las entidades enunciadas del ámbito de aplicación de la ley, no del régimen ni del estatuto, sino de la ley de las APP’s”. Por tanto, la Universidad no entiende de dónde surgió el problema planteado por las demandantes.

Finaliza su intervención asegurando que la tercera interpretación es la correcta, es decir que el legislador no quiso que las entidades excluidas paren de contratar bajo sus regímenes de derecho privado y las quiso excluir del ámbito de la aplicación de la Ley 1508 de 2012, por lo cual solicita se declare la norma exequible pero “bajo el entendido de que las entidades mencionadas en el párrafo pueden contratar bajo sus propios regímenes de derecho privado”.

8. Intervenciones ciudadanas

El señor Restrepo Castro presentó escrito dentro del presente proceso en donde solicita que la Corte Constitucional declare la exequibilidad de la norma acusada.

Sostiene que la exclusión a que hace referencia el párrafo demandado, está dirigida a las

Entidades Estatales sometidas al EGCAP, que contemplan procedimientos y requisitos que tienen un rigor y trámite propios del régimen contractual en cuestión, lo cual es propio de las entidades sometidas al régimen público de contratación administrativa. Estas actividades son tradicionalmente desarrolladas por el Estado y lo que buscan es que los particulares, en asocio con estas entidades (como colaboradores de la administración), realicen proyectos de interés general. En este sentido, se debe entender que las entidades a que hace referencia el párrafo del art. 8 demandado pueden llevar a cabo asociaciones con otros sujetos de derecho sometiéndose a las regulaciones propias de su actividad comercial (derecho privado).

Finalmente solicita se declare la constitucionalidad de la norma “en el entendido de que la exclusión de las entidades que allí se enuncian de la aplicación de la Ley 1508 de 2012, no las releva o mejor, no impide que las mismas, dada su actividad económica, puedan desarrollar ese tipo de asociaciones conforme a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan su actividad”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, el Señor Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 5827 del 15 de septiembre de 2014, solicitó a la Corte declarar exequible 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”.

El problema jurídico que considera hay que resolver es, si el párrafo demandado al excluir a las entidades allí previstas desconoce el principio de igualdad, la libre competencia económica, el régimen de servicios públicos y la cláusula de Estado Social de Derecho. Para su análisis hace una contextualización de la disposición acusada, del contenido de la misma y finalmente hace el análisis propio de la norma objetada, como se pasa a exponer:

(i) La Vista Fiscal afirma que la Ley 1508 de 2012 tiene como objeto regular, entre otros, el tema del régimen jurídico para las Asociaciones Público Privadas (APP) que se definen en el art. 1º 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". (Negrillas de la Vista Fiscal)

(ii) Frente al párrafo del artículo 8 demandado que establece la participación de las entidades públicas o mixtas en esquemas de APPs, advierte que las demandantes consideran la existencia de dos interpretaciones para la exclusión de las entidades previstas por la disposición: "(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".

(iii) Para el Ministerio Público el verdadero contenido de la disposición acusada hace referencia a que los esquemas de las APP's se estructuran, entre otras cosas, a partir del concepto de entidad estatal, y que por tanto "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".

(iv) Por tanto, en criterio de la Vista Fiscal, del análisis del párrafo acusado no se deriva la existencia de un trato discriminatorio violatorio de la igualdad, ni el desconocimiento de los demás derechos alegados por las actoras, ya que, en primer lugar, las entidades a las que se les aplica el estatuto general de contratación pública son entidades estatales, por lo que pueden actuar como contratantes; y en segundo lugar, cuando las entidades compitan en alguno de los dos sectores (público o privado) "estas no son consideradas entidades estatales, como tampoco lo son para efectos de tenerse como el extremo público de las APP". Igualmente, recuerda la amplia libertad del legislador para "configurar el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta, sus filiales y las sociedades entre entidades públicas en tanto entidades descentralizadas" (inc. 1º art. 200 CP); y "para determinar el régimen de las empresas de servicios públicos" (art. 365 CP).

(xii) En este sentido, concluye que la expresión demandada de la Ley 1508 de 2012 no prohíbe de forma expresa que las entidades excluidas puedan ser contratistas, pero al no

tener la calidad de entidad estatal no pueden fungir como el extremo público de la relación contractual que origine el esquema de Asociación Público Privada.

VI. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia de la Corte

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las expresiones acusadas hacen parte de una ley, en este caso, de la Ley 1508 de 2012.

2. Problema jurídico y esquema de resolución

La Corte debe resolver si el artículo 8º parcial de la Ley 1508 de 2012 vulnera el principio de igualdad, la libre competencia económica, el derecho de asociación, el régimen de servicios públicos, la cláusula de Estado Social de Derecho y los principios de la función administrativa al establecer una exclusión del ámbito de aplicación establecido en dicha normativa, referida a la conformación de Asociaciones Público Privadas APPs, respecto 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%), 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 éstas entidades obren como contratantes.

Para solucionar este problema jurídico, y dado que varios intervinientes solicitaron a la Corte que se inhibiera por configurarse ineptitud sustantiva de la demanda, la Sala analizará en primer lugar, si existe aptitud de los cargos presentados, para luego, y en caso de que existan verdaderos cargos de constitucionalidad, pronunciarse de fondo.

3. Configuración de ineptitud sustantiva de la demanda

3.1 El artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 consagra los requisitos para una demanda de inconstitucionalidad. En él se indica los requerimientos de la misma: “(i) el señalamiento de

las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; (ii) el señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; (iii) las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda”[1].

En desarrollo de esta normativa, especialmente del requisito respecto de las razones por las cuales los textos constitucionales se estiman violados, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado de manera pacífica que las demandas de constitucionalidad que se estudian deben contar con verdaderos cargos de inconstitucionalidad contra las normas demandadas, es decir que se hace indispensable que los razonamientos expuestos permitan a la Corte una real confrontación entre (i) la norma acusada, (ii) los argumentos que expone el demandante y (iii) la norma o normas constitucionales presuntamente vulneradas.

Por lo tanto, este Tribunal ha sostenido que no toda argumentación presentada en una acción pública de inconstitucionalidad tiene el estatus de verdadero cargo para permitir que el juez constitucional pueda entrar a analizar la norma demandada, sino que es necesario que el raciocinio presentado contenga razones claras, específicas, pertinentes y suficientes, para que esta Corporación entre a sospechar sobre la constitucionalidad de la norma que se acusa. Esto significa, que el libelo presentado debe despertar al menos una duda mínima y razonable sobre la constitucionalidad de la disposición objetada con relación a los artículos de la Constitución Política que se consideren transgredidos. Es decir, que para que una acción pública de inconstitucionalidad amerite un pronunciamiento de fondo como forma de control del poder político, los argumentos plasmados deben ser desarrollados de forma racional, lógica, coherente, congruente, verdadera, concreta y adecuada, para que con ello se pueda despertar una sospecha mínima con relación a la constitucionalidad de la misma y la Sala Plena de esta Corporación pueda entrar a verificar y analizar la constitucionalidad de la normatividad demandado.[2]

En consecuencia, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que los cargos de inconstitucionalidad deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes[3]. En síntesis, sobre estos requisitos la jurisprudencia constitucional ha precisado:

(i) Claridad: “los cargos serán claros si permiten comprender el concepto de violación que se pretende alegar. Para que dicha comprensión se presente por parte del juez de constitucionalidad, no solo es forzoso que la argumentación tenga un hilo conductor, sino que quien la lea –en este caso la Corte Constitucional- distinga con facilidad las ideas expuestas, las razones esbozadas, que los razonamientos sean sencillamente comprensibles. Para esto, es necesario que la argumentación del actor constitucional se desenvuelva de una manera lógica, coherente y congruente, de tal manera que no presente confusión, o ambigüedad”[4]. (Resalta la Sala)

(ii) Certeza: “En cuanto a la certeza, los cargos gozarán de esta en dos aspectos diferentes: i) en primer lugar, siempre y cuando las acusaciones se realicen respecto de una proposición jurídica presente en el ordenamiento jurídico, y ataquen la norma acusada y no otra no mencionada en la demanda; ii) en segundo lugar, serán ciertos los cargos elevados, siempre y cuando ellos no constituyan inferencias o consecuencias subjetivas derivadas por el actor respecto de las disposiciones demandadas, al extraer de éstas efectos o implicaciones jurídicas que las normas no contemplen objetivamente dentro de su ámbito normativo. En este sentido, los cargos serán ciertos si las proposiciones jurídicas acusadas devienen objetivamente del “texto normativo”. Así las cosas, los supuestos, las conjeturas, las presunciones, las sospechas y las creencias del demandante respecto de la norma demandada no podrán constituir un cargo cierto”[5]. (Énfasis de la Corte)

(iii) Especificidad: “La especificidad como parámetro de los cargos y razonamientos de la demanda, exige que éstos deban mostrar sencillamente una acusación de inconstitucionalidad de manera concreta contra la disposición atacada. Así las cosas, los cargos de inconstitucionalidad deben dirigirse mediante acusaciones concretas directamente contra la norma demandada y no pueden sustentarse en exposiciones vagas, indeterminadas, indirectas, abstractas y globales, que en cuanto tales, no permitan directamente realizar un juicio de constitucionalidad. En resumen, este parámetro pretende que el cargo realizado sea efectivamente de inconstitucionalidad y que sus fundamentos sean específicos, determinados, concretos, precisos y particulares en relación a la norma acusada”. [6] (Negritas fuera de texto)

(iv) Pertinencia: “En igual forma, los cargos deben ser pertinentes. Aparte de que los cargos no pueden ser confusos, inciertos, vagos, abstractos e indeterminados, es necesario que

éstos efectiva y realmente ostenten una naturaleza constitucional. Esto significa, (i) de un lado, que los cargos contrapongan normas de inferior categoría a las normas constitucionales; (ii) de otro lado, que los razonamientos que se esbozen sean de orden constitucional, esto es, respecto de la vulneración del contenido normativo de las normas de superior jerarquía. Por esta razón, no podrán ser aceptados cargos basados en argumentos legales, doctrinarios, políticos, concepciones del bien, contextuales o de conveniencia. De igual manera, no aparejan pertinencia aquellos cargos que pretenden sustentar la inconstitucionalidad de la norma acusada en relación con su aplicación práctica, o que tenga relación con situaciones de hecho, y que se base por tanto en ejemplos, acaecimientos particulares, hechos personales, vivencias propias, sucesos y ocurrencias reales o imaginarias, en las que hipotéticamente se aplicó o será aplicada la norma demandada”.[7] (Resalta la Corte)

(v) Suficiencia: “los cargos deben ser suficientes. La suficiencia de los cargos de constitucionalidad hace referencia a que la carga argumentativa que recae sobre el actor, debe desarrollarse de una forma mínima y proporcional al objetivo de demostrar la inconstitucionalidad del enunciado normativo demandado. De esta manera, se deben exponer razonamientos lo bastante fundados para que pueda pretender desvirtuar la presunción de constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico, presunción de corrección frente al texto constitucional que se deriva del principio democrático y de las reglas formales y sustanciales del procedimiento democrático de producción de normas y por tanto amerite el adelantamiento de un estudio de constitucionalidad”. [8]

3.2 En el presente caso, la Sala concluye que no se cumplen los requisitos mencionados para que se configuren verdaderos cargos de constitucionalidad por falta de certeza y suficiencia de las acusaciones planteadas, y por cuanto este Tribunal evidencia que de lo que principalmente trata la objeción planteada, es de que la Corte dilucide una controversia interpretativa en relación con los alcances de la norma, lo que excede el propósito de la acción de inconstitucionalidad, como se pasa a exponer:

3.2.1 Las demandantes consideran que la norma atenta contra el principio de libre concurrencia – igualdad (art.13CP) y libre competencia (art.333CP)-, el derecho de asociación (art.38 CP), el régimen de servicios públicos (art. 365), la cláusula del Estado Social de Derecho y la función administrativa (art. 209 CP).

En este sentido, las accionantes solicitan (i) que se declare la exequibilidad condicionada de la norma acusada, argumentando que las entidades excluidas pueden adelantar proyectos de APP en el marco del régimen que le otorgue el legislador, especialmente el derecho privado; o subsidiariamente (ii) que se declare la inexequibilidad de la norma, ya que en su criterio se estarían vulnerando los arts. 13, 38, 333 y 365 constitucionales, por cuanto la disposición impediría que empresas públicas no puedan asociarse con particulares, con lo que quedarían en desventaja frente a las empresas del sector privado con las que eventualmente pudieran competir.

Así las cosas, a juicio de las accionantes existen dos posibles interpretaciones del párrafo acusado: (i) que bajo ninguna forma las entidades excluidas pueden llevar a cabo APP's; y (ii) que sí lo pueden hacer, pero bajo el régimen del derecho privado. Consideran que la primera interpretación resulta inconstitucional, en razón a que atentaría contra el principio de libre concurrencia, el cual es vulnerado, en su concepto, debido a que la entidad estatal excluida no puede asociarse con particulares para prestar un mejor servicio a la comunidad, de manera que se le impide el conocer ofertas de su interés, con lo cual se desconoce el principio de igualdad. En otras palabras, las accionantes afirman que las empresas excluidas no pueden adelantar APP's, en tanto que las empresas privadas sí lo pueden hacer bajo el régimen privado.

3.2.2 La Corte considera que estas argumentaciones no constituyen verdaderos cargos de constitucionalidad, al carecer de certeza y de suficiencia, ya que las accionantes deducen alcances normativos del precepto demandado, que no se derivan objetivamente de éste, y su argumentación no es suficiente para configurar una duda razonable respecto de la constitucionalidad del precepto demandado.

Así las cosas, la Sala constata que el artículo 8 regula la participación en la conformación de Asociaciones Público Privadas de entidades de naturaleza pública o mixta. En su inciso primero, esta norma señala que las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la Ley 1508 de 2012, sin desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en dicha ley, para poder celebrar y ejecutar contratos o convenios interadministrativos regidos por la ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, los cuales tengan por objeto el desarrollo de esquemas de Asociación Público Privada.

El párrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012, consagra las excepciones al inciso primero de la norma, esto es, las limitaciones para la contratación y ejecución de contratos o convenios interadministrativos por parte de las entidades estatales como contratantes, en cuanto tengan por objeto el desarrollo de esquemas de Asociación Público Privada. En este sentido, el precepto establece claramente que se entienden excluidos del ámbito de la Ley 1508 de 2012, las entidades que no ostentan la calidad de estatales o empresas públicas, tales como (i) las Sociedades de Economía Mixta que tengan una inversión del Estado menor al 50%, sus filiales, y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al 50%; y (ii) las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, cuando estas entidades desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados y en tanto obren como contratantes.

De conformidad con el tenor literal del párrafo demandado, la Corte colige que las razones expuestas por las demandantes no son ciertas, ni suficientes, ya que la misma norma establece que la exclusión prevista para la aplicación del régimen establecido en la Ley 1508 de 2012, esto es, para la conformación de esquemas de Asociación Público Privada se hace efectiva cuando las sociedades de economía mixta o sus filiales tengan una participación de capital público menor al 50%, y cuando las empresas de servicios públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado participen en el mercado compitiendo con los sectores público o privado, nacional o internacional como contratantes, más no como contratistas.

Por consiguiente, la Sala evidencia que la norma se refiere a una limitación prevista por la disposición objetada respecto de la posibilidad de que las entidades excluidas sean contratantes en calidad de entidades estatales, sujetas al régimen de contratación pública, más no a la posibilidad de que sean contratistas, en calidad de entidades privadas, sometidas al derecho privado, entendimiento que se deriva del tenor literal de la norma y de su interpretación sistemática con el resto del contenido normativo del artículo 8 objetado, con la Ley 1508 de 2012 y demás leyes concordantes. Por tanto, de conformidad con el enunciado normativo acusado, las entidades excluidas por el párrafo 8 demandado, pueden, en calidad de contratistas y sometidas al régimen de derecho privado, bajo su propia cuenta y riesgo, presentar proyectos de infraestructura pública o de prestación de servicios públicos, para que las entidades estatales competentes los estudien

en el plazo especificado por la propia Ley 1508 de 2012.

De esta manera, esta Corporación estima que las accionantes yerran al extraer consecuencias jurídicas de la disposición demandada que no se derivan del tenor literal y análisis sistemático de la misma, razón por la cual carecen de certeza y suficiencia. En punto a este tema, considera este Tribunal que las accionantes se equivocan al afirmar (i) que las entidades excluidas no pueden conformar en ningún caso esquemas de Asociación Pública Privada; o bien (ii) que lo que hace la norma es señalar el régimen de contratación al que se debe someter cualquier esquema de Asociación Pública Privada, permitiendo que las entidades excluidas puedan actuar como contratistas, sometidas al derecho privado.

Para la Corte, estas son consecuencias jurídicas que no se derivan del verdadero alcance normativo del precepto acusado. Lo anterior, ya que la primera consecuencia jurídica no corresponde al sentido literal y sistemático de la normativa demandada, en razón a que el precepto objetado no impide en ningún momento a las entidades excluidas del régimen de la Ley 1508 de 2012 conformar APPS actuando en calidad de contratistas, sino en calidad de contratantes, como entidades estatales sujetas al régimen del Estatuto General de Contratación Pública EGCAP. Esto significa que la norma excluye a las entidades mencionadas como contratistas, para efectos de contratación administrativa, cuando se trate de sociedades de economía mixta, sus filiales o sociedades entre entidades públicas que tengan una participación minoritaria de capital estatal (menor al 50%), o cuando sean Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios o Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en el caso de que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando obren como contratantes.

De otra parte, la segunda consecuencia jurídica alegada por las accionantes también carece de certeza y suficiencia, puesto que del tenor literal y sistemático del enunciado normativo objetado se concluye que las entidades excluidas por el precepto acusado no pueden actuar como contratantes en representación de las entidades estatales. Lo anterior, puesto que lo que el precepto hace es restringir precisamente la posibilidad de que las entidades excluidas, al no ser entidades estatales con participación mayoritaria de capital estatal mayor al 50%, o cuando sean Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios o Empresas Industriales y Comerciales del Estado que desarrollen actividades comerciales en

competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, cuando obren como contratantes, no pueden actuar en calidad de contratantes de esquemas de Asociación Público Privada.

Así las cosas, para esta Corporación es claro que se equivocan las accionantes al derivar consecuencias normativas que no se generan del entendimiento literal y sistemático de la disposición. Las consecuencias jurídicas erróneas respecto de la norma acusada este Tribunal las evidencia a partir de un entendimiento literal y sistemático del precepto objetado, no solo con el resto del contenido normativo del artículo 8 y su parágrafo único, sino con la Ley 1508 de 2012, y con las demás normas y leyes concordantes, como son los artículos 2 y 3 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el art. 93 de la Ley 1474 de 2011, de manera que las consecuencias jurídicas derivadas por las accionantes carecen de certeza y suficiencia, y lo que pretenden es que la Corte dilucide una controversia interpretativa para cuya finalidad no está creada la acción pública de inconstitucionalidad.

3.2.3 De otra parte, los cargos presentados por violación del principio de igualdad (art.13 CP), libre competencia (art.333 CP), derecho de asociación (art.38 CP), cláusula del Estado Social de Derecho (art.1 CP), régimen de los servicios públicos (art. 365 CP) y principios de la función administrativa (art. 209 CP), no constituyen verdaderos cargos de constitucionalidad, por las siguientes razones:

(i) En el caso del principio, valor y derecho a la igualdad (art. 13 CP) la Corte evidencia que este cargo no cumple con los requisitos mínimos para adelantar el test de igualdad, puesto que no supera ni siquiera la primera condición de la composición del tertium comparationis relativo a que los destinatarios de la norma que se pretendan comparar sean sujetos o grupos similares o análogos sobre los que se pueda practicar el mencionado test. Lo anterior, ya que las situaciones jurídicas planteadas por las demandantes son diferentes, relativas a las entidades que tengan participación mayoritaria de capital estatal superior al 50% y a las que no, de manera que no se puede adelantar una comparación de igualdad, y el legislador puede otorgar un trato distinto y un régimen jurídico diferente a dichas entidades diferenciadas. Igual criterio se aplica frente a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, cuyo capital público excede el 90%, pero que desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector

privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, cuando actúan como contratantes, frente a las cuales el legislador puede aplicar un trato diferenciado.

(ii) En relación con el cargo por violación de la libre competencia (art.333 CP), éste carece igualmente de certeza y suficiencia, ya que de la norma acusada no se deriva la consecuencia planteada por las accionantes, puesto que la norma no restringe el derecho de los empresarios públicos o privados de concurrir y competir libremente en el mercado con el fin de ofrecer proyectos de infraestructura o de prestación de servicios públicos para la celebración de contratos APPs como contratistas. Como ya se indicó, del alcance normativo de la disposición objetada, no se deriva que se les niegue en ningún momento a las entidades excluidas por el párrafo demandado que puedan asociarse con cualquier entidad pública, privada, consumidor o usuario que esté dispuesto a asumir los riesgos que se adquieren con este tipo de esquemas de Asociación Público Privada, y las entidades privadas pueden libremente ofrecer a las entidades estatales, a los entes territoriales o al Estado el desarrollo de cualquier proyecto de infraestructura o de prestación de servicios en el marco de esquemas de APPs.

(iii) Respecto del cargo por desconocimiento del derecho de asociación (art.38 CP), esta Corporación concluye que éste carece, como los anteriores, de certeza y suficiencia, ya que el contenido normativo del párrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012, no prohíbe que las empresas o personas jurídicas se puedan asociar para buscar conseguir fines específicos mediante proyectos de Asociaciones Público Privadas. La exclusión consagrada en la norma objetada indica con claridad que se encamina a determinar quiénes pueden o no contratar a nombre del Estado, pero no se señala en su contenido normativo que haya un impedimento a las empresas para que se asocien, y así concurrir y proponer proyectos que se necesiten desarrollar para conseguir uno de los fines del Estado como es el de procurar el desarrollo de la infraestructura y la prestación de servicios públicos bajo esquemas de APPs.

(iv) En cuanto al cargo por violación del régimen de los servicios públicos (art. 365 CP), este Tribunal colige igualmente que no es cierto, ni suficiente, ya que en el texto de la norma demandada no se le impide a las empresas excluidas participar como contratistas para la prestación de servicios públicos, especialmente cuando se trata de las Empresas de Servicios Públicos mencionadas por el párrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012. Así

las cosas, la prestación de los servicios públicos se ofrece para estas empresas en calidad de contratistas, es decir que las empresas excluidas pueden prestar estos servicios públicos cuando sean contratadas para ello, al llenar los requerimientos que el extremo público requiera.

(v) Finalmente, acerca de los cargos por desconocimiento de la Cláusula de Estado Social de Derecho (art.1 CP) y los principios de la función administrativa (art. 209 CP) evidencia la Corte que tampoco estas argumentaciones resultan ciertas y suficientes, ya que del contenido normativo de la disposición objetada no se desprende que a las entidades que son excluidas en el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012, se les impida adelantar Asociaciones Público Privadas con la entidad pública, en calidad de contratistas, lo cual quiere significar que se equivocan las accionantes al derivar como consecuencia de la norma que ésta riñe con los mandatos superiores contenidos en artículos 1º y 209 Superior.

4. Conclusión

La Corte debía resolver si el contenido del parágrafo del artículo 8º acusado vulneraba el principio, valor y derecho de igualdad, la libre competencia económica, el derecho de asociación, el régimen de los servicios públicos, la cláusula del Estado Social de Derecho y los principios de la función administrativa, al establecer una exclusión del ámbito de aplicación de esta ley, en lo relativo a la participación de las sociedades de economía mixta y de las demás empresas allí referidas. Sin embargo, la Sala Plena de esta Corporación advirtió la configuración de ineptitud sustantiva de la demanda, de manera que encontró que los cargos formulados en este caso no cumplían los requisitos que la jurisprudencia constitucional de esta Corte ha establecido como necesarios para que pueda dictarse un fallo de mérito, particularmente la certeza y la suficiencia de las acusaciones planteadas, y que según se desprende de la demanda, lo que principalmente pretende la objeción constitucional, es que la Corte dilucide una controversia interpretativa en relación con los alcances de la norma, lo que excede el propósito de la acción de inconstitucionalidad. Por tal razón, la Sala decidió inhibirse de decidir sobre lo planteado por inepta demanda.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de

Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

DECLARARSE INHIBIDA para decidir respecto de la demanda presentada contra el parágrafo del artículo 8º de la Ley 1508 de 2012, por configurarse ineptitud sustantiva de la demanda.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (E)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Sentencia C-849 de 2012.

[2] Ver Sentencia 259 de 2011.

[3] Consultar la Sentencia C- 1052 de 2001.

[4] Sentencias C-849 de 2012 y 259 de 2011.

[5] Sentencias C-849 de 2012 y C-259 de 2011.

[6] Ibídem

[7] Ibídem

[8] Sentencias C-849 de 2012 y C-259 de 2011.