C-595-14

Sentencia C-595/14

REGIMEN JURIDICO DE LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS Y NORMAS ORGANICAS DE PRESUPUESTO-Terceros interesados y selección

CONTRATACION ESTATAL-Igualdad como principio orientador

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Mandatos que comprende

El artículo 13 de la Constitución reconoce el principio y derecho a la igualdad. Como ha precisado la jurisprudencia constitucional, de este precepto se desprenden los siguientes mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Alcance

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Límite

IGUALDAD COMO LIMITE DE LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Jurisprudencia constitucional

LIBERTAD DE CONCURRENCIA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Aplicación del derecho a la igualdad de oportunidades/LIBERTAD DE CONCURRENCIA EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Sujeta a principios de razonabilidad y proporcionalidad

CONTRATACION ESTATAL-Sujeta al principio de igualdad/CONTRATACION ESTATAL-Trato diferenciado debe estar justificado a la luz de la Constitución de lo contrario significa que es inconstitucional

REGIMEN JURIDICO DE ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS-Contenido y propósitos

REGIMEN JURIDICO DE ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS-Creación de nuevo tipo de contrato estatal y características

ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS-Tipos

ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS-Características

Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios

asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva.

MODALIDADES DE ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS-Sometidas a sistemas de selección objetiva regidos por el principio de libre concurrencia

POSIBILIDAD DE PROPONENTE ORIGINADOR DE PROYECTO DE PRESENTAR PROPUESTA QUE MEJORE LA DEL PROPONENTE MEJOR CALIFICADO-Origen y contenido

JUICIO DE IGUALDAD-Método de análisis constitucional

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y JUICIO DE IGUALDAD-Modalidades según grado de intensidad

Los pasos del escrutinio se deben llevar a cabo con mayores o menores niveles de intensidad dependiendo de los derechos y principios involucrados, así como de las bases de la diferenciación. En términos generales, la Corporación ha identificado tres niveles de escrutinio: En primer lugar se encuentra el nivel leve, aplicable a medidas de naturaleza económica, tributaria o de política internacional, a asuntos que implican una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, a normativa preconstitucional derogada que aún surte efectos, o a casos en los que del contexto normativo de la disposición demandada no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho invocado como lesionado, entre otras hipótesis. En estos casos, en atención al amplio margen de configuración del que goza el Legislador -particularmente en materia económica, tributaria o de política internacional-, el juez debe verificar si el fin buscado no está constitucionalmente prohibido, si el medio escogido es idóneo para alcanzar el objetivo, y si la medida es proporcionada. En segundo lugar se halla el nivel intermedio, predicable de medidas que implican la restricción de derechos constitucionales no fundamentales, de casos en los que existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia, y de acciones afirmativas, entre otros supuestos. Para superar este nivel de escrutinio, el fin perseguido debe ser constitucionalmente importante, el medio elegido debe ser efectivamente conducente para alcanzar el fin, y la medida debe ser proporcionada. Por último está el nivel estricto; a éste debe acudirse, según la jurisprudencia constitucional, cuando está de por medio una clasificación sospechosa -como las enumeradas en el inciso 1º del artículo 13 superior-; cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; cuando la diferenciación que se implementa prima facie afecta el goce de un derecho constitucional fundamental; o cuando la medida crea un privilegio, entre otros eventos. En los casos en los que el juez aplica este nivel de escrutinio, debe examinar si el fin perseguido es o no imperioso, si el medio escogido es necesario, es decir, no puede ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo, y si la medida es

proporcionada en estricto sentido

Referencia: expediente D-10101

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 (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”

Actor: John Fredy Silva Tenorio

Magistrado Sustanciador:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá, D.C., veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Martha Victoria Sáchica Méndez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente sentencia con fundamento en los siguientes:

1. ANTECEDENTES

El 12 de enero de 2014, el ciudadano John Fredy Silva Tenorio, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó el inciso tercero del artículo 20 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 constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, esta Corte procede a decidir la demanda de la referencia.

1.1. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada; se resaltan los apartes censurados:

“LEY 1508 DE 2012

(Enero 10)

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

Artículo 20. Terceros interesados y selección. Si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la

ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.

En ese caso, la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.

Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.

Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto".

1.2. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El accionante argumenta que el inciso acusado, específicamente la posibilidad que confiere al originador del proyecto de presentar una propuesta adicional para mejorar la que formuló inicialmente, vulnera el principio de jerarquía superior de la Constitución -artículo 4-, el principio de igualdad -artículo 13-, el derecho al debido proceso -artículo 29- y los principios de la función administrativa -artículo 209-, por los siguientes motivos:

1.2.1. Manifiesta que la posibilidad aludida, (i) al poner en una situación desigual a dos sujetos que deberían recibir el mismo trato -como proponentes- de conformidad las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, (ii) sin ninguna justificación material, vulnera el artículo 4 superior, el debido proceso y los principios de igualdad y moralidad.

Sobre la falta de justificación del tratamiento desigual que dispensa el precepto, explica:

"(…) no existe una razón legal o constitucional para aceptar una oferta después de haber realizado la valoración de los requisitos habilitantes y los criterios de puntuación de cada propuesta. Máxime si se tiene en cuenta que en la práctica el originador se encuentra en una posición inicial de ventaja frente al tercero interesado, pues ha tenido conocimiento de qué y cuánto necesita el proyecto para ser aceptado".

1.2.3. Sostiene que el privilegio que se otorga al originador del proyecto viola el debido proceso, pues "(…) desconoce las formas propias de los diferentes procesos de selección y que se encuentran contenidas en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública". En su sentir, según la normativa vigente, no es posible mejorar una propuesta después de haber sido presentada y evaluada, salvo en materia de requisitos mínimos habilitantes,

cause regular del proceso de selección que es contrariado por el precepto censurado.

1.2.4. Por último, aduce que el inciso vulnera el principio de igualdad material desde la óptica de la selección objetiva, pues con su aplicación "(…) se estaría estableciendo una condición a favor de un proponente –que en principios (sic) debería participar bajo las mismas reglas de los demás oferentes-, consistente en darle un segundo chance de ser adjudicatario del proceso de asociación público privada, por el hecho de ser el originador, aspecto que como ya se dijo anteriormente, por sí solo ya resulta ventajoso para aquel proponente en términos de conocimiento previo de las condiciones y características del bien y/o servicio objeto del proceso".

1.3. INTERVENCIONES

1.3.1. Departamento Nacional de Planeación (DNP)

Solicita que se emita un fallo inhibitorio o, en su defecto, que el inciso acusado se declare exequible, por las siguientes razones:

1.3.1.1. Alega que la demanda plantea una serie de consideraciones de carácter subjetivo y no concreta el concepto de violación. También asevera que la acusación es "(…) indirecta o mediada de tal forma que no es posible debatirla en el marco constitucional así en la impugnación se utilicen referencias constitucionales". En resumen, estima que el demandante no cumple con los requisitos de precisión, suficiencia y claridad, razón por la cual debe emitirse una providencia inhibitoria.

1.3.1.2. No obstante lo anterior, explica que la ley 1508 fue expedida en un contexto de marcado déficit de infraestructura para la prestación de los servicios a cargo del Estado, ocasionado en gran medida por la escasez de recursos para la estructuración y financiación de los proyectos. La ley citada busca entonces promover la participación privada en el desarrollo de la infraestructura pública y aprovechar su capacidad generadora de proyectos. Destaca como ventajas de las asociaciones público privadas el traslado al sector privado de la labor de identificar las necesidades, diseñar los proyectos, realizar los estudios previos de viabilidad y aprovechar las posibilidades financieras de los mercados de capitales.

Indica que en el derecho comparado existen diversas formas de otorgar estímulos a los particulares para que identifiquen proyectos innovadores; por ejemplo, en algunos regímenes se ha introducido un sistema de bonos, según el cual el innovador obtiene un "premio" en la calificación de su propuesta en caso de concurrencia de interesados en la ejecución del proyecto. En otros ordenamientos se utiliza el "derecho a igualar" -right to match-, conocido también como swiss challenge system, mecanismo de acuerdo con el cual el titular de la iniciativa tiene la capacidad de igualar la mejor oferta. Precisa que esta es la modalidad que el Legislador decidió acoger en Colombia, con la que se busca además "(…) minimizar el efecto free rider inherente a las iniciativas privadas, puesto que al presentarse terceros interesados en forma indiscriminada se aprovecharían de los estudios llevados a cabo por el proponente".

Sostiene que en otros países en los que se ha acogido el mismo sistema de incentivos, la

evidencia muestra que no en todos los casos los originadores de los proyectos terminan siendo sus ejecutores, "(…) como quiera que existe un límite hasta el cual, la estructura de costos, organización, conocimiento, etc., del oferente le permite mejorar su oferta". Por lo anterior explica que "[n]o es extraño, que terceros interesados, hayan sido adjudicatarios en estos proyectos, debido a la tecnología o maquinaria utilizada, su organización, conocimiento o economías de escala de que gozan, aspectos que hacen que el originador no pueda mejorar lo suficiente su ofrecimiento inicial".

Con fundamento en la anterior explicación, afirma que la introducción del incentivo contenido en el inciso demandado es constitucionalmente aceptable, puesto que, de un lado, tiene en cuenta el esfuerzo que ha realizado el originador, así como las externalidades propias de los proyectos de infraestructura para la comunidad; y de otro, no elimina la competencia sino que, por el contrario, la incentiva en materia de calidad.

1.3.1.3. Asegura que el precepto censurado no lesiona el principio de igualdad, por cuanto la hipótesis a la que se refiere el artículo 20 de la ley 1508 no puede equipararse a otras modalidades de contratación, pues en el primer caso –APP de iniciativa privada- los estudios previos y la gestión del proyecto provienen precisamente del originador, quien lo estructura por su propia cuenta y riesgo. Por tanto, afirma, el originador y los demás proponentes no se encuentran en una situación comparable.

Recuerda además que en materias económicas debe aplicarse un juicio leve de igualdad, el cual es superado por la disposición bajo escrutinio, ya que, como ya se explicó, persigue una finalidad legítima.

1.3.2. Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)

Solicita un fallo inhibitorio o, en su defecto, que se denieguen las pretensiones de la demanda, con apoyo en los siguientes argumentos:

1.3.2.1. Sostiene que el demandante no señala las normas constitucionales que estima infringidas, "(…) pues elabora un argumento general y universal de lo que considera es supuestamente incongruente con la carta, haciendo una enunciación de principios de la función administrativa, la igualdad material, el debido proceso y la jerarquía superior de la Constitución, sin señalar el contenido normativo particular determinado". También resalta que dentro de las disposiciones que considera vulneradas, el actor incluye varias de rango legal, como la ley 80 de 1993.

Indica que los argumentos de la demanda no son claros, "(…) pues su invocación no se hizo de una forma lógica, coherente y congruente, ya que no se precisa cuál es la violación, de qué norma constitucional, por qué razón la norma no se acompasa con la norma constitucional, sino que se invocan inconformidades generales, que se reiteran y confunden frente a derechos y principios de la contratación estatal".

Arguye que los cargos adolecen de certeza, toda vez que se basan en una consecuencia que el precepto acusado no contempla, esta es que "(…) la posibilidad de ajustar la oferta inicial conlleva necesariamente la adjudicación del proyecto al participante originario"; alega que la disposición solamente habilita la subsanación de la oferta, sin excluir el

concurso.

Finalmente, señala que las acusaciones tampoco son pertinentes, "(…) por cuanto de la lectura de la demanda se infiere que la ponderación que hace el actor constitucional se refiere fundamentalmente a normas de igual jerarquía a la Ley 1508 de 2012", es decir, las leyes 80 y 1150.

1.3.2.2. Sin perjuicio de lo anterior, comienza la defensa de la constitucionalidad de la disposición recordando que el Legislador goza de libertad de configuración para regular la contratación estatal.

1.3.2.3. Agrega que el inciso no lesiona el principio de igualdad, toda vez que, de un lado, éste no puede aplicarse de forma mecánica como pretende el actor, y de otro, existe justificación para dar un trato más favorable al originador del proyecto, pues es él quien por su cuenta y riesgo ha realizado la estructuración de la iniciativa. Dado que el demandante no demuestra que los dos grupos que pretende comparar se hallan en una situación equiparable, señala que no es posible aplicar un juicio de igualdad.

1.3.2.5. Aduce que tampoco se trasgrede el debido proceso, ya que la norma precisamente establece regulaciones sobre el proceso de selección en materia de APP de iniciativa privada. Recalca que las características de esta modalidad de contratación justifican un proceso de selección diferente.

1.3.2.6. Para terminar, aporta una relación de las iniciativas privadas que se han presentado al amparo del precepto demandado, con el fin de poner en evidencia que la medida ha servido para atraer el interés privado al desarrollo de proyectos de infraestructura. Según la tabla anexada, desde la expedición de la ley 1508, se han formulado 44 iniciativas, de las cuales un alto porcentaje se encuentra bajo estudio; se observa que ninguna de las propuestas ha sido aún aprobada.

1.3.3. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Defiende la constitucionalidad de la disposición demandada; sus argumentos se resumen a continuación:

1.3.3.1. Estima que los cargos por violación del debido proceso y los principios de la función administrativa "(…) no atienden en forma adecuada a la técnica propia del control de constitucionalidad, en el sentido que no demuestran efectivamente cómo la supuesta violación a principios de rango legal, como los de la contratación administrativa, afectan aquellos de tipo constitucional".

1.3.3.2. Argumenta que la medida cuestionada no viola el principio de igualdad, pues el tratamiento diferenciado encuentra fundamento en el esfuerzo que debe realizar el originador del proyecto. Al respecto, explica que el originador debe identificar la necesidad pública y planear el respectivo proyecto, lo cual conlleva la realización de estudios de prefactibilidad y factibilidad –como dispone el decreto 1467 de 2012- en los que debe, entre otros aspectos, identificar los actores financieros y operativos, los costos estimados y las fuentes de financiación, la población afectada y otros factores que puedan

afectar la ejecución. Además, la propuesta debe someterse al escrutinio de la entidad que sería contratista, el DNP, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el ministerio sectorial y el Consejo de Ministros. En estos escenarios –continúa- el originador debe sustentar su iniciativa y estar presto a aclarar lo que sea necesario con el fin de que sea finalmente aprobada. En vista del tiempo invertido y el esfuerzo realizado por el originador, concluye que es razonable que se le permita mejorar su oferta y tener una oportunidad adicional de ser adjudicatario del contrato correspondiente.

1.3.3.3. Agrega que en materia de contratación estatal, la igualdad se concreta en la selección objetiva del contratista; bajo este entendido, asevera que no se lesiona dicho principio, toda vez que el precepto no establece criterios subjetivos de selección. Resalta que la propuesta del originador, según la normativa referida, debe en todo caso ser analizada de forma objetiva.

1.3.3.4. Aduce que la disposición persigue importantes finalidades, como incentivar que los agentes privados colaboren en el desarrollo de la infraestructura pública, y promover la eficiencia en la realización de ese tipo de proyectos.

1.3.4. Ministerio de Transporte

Solicita que el inciso censurado se declare exequible; los fundamentos de su petición son los siguientes:

1.3.4.2. Argumenta que las APP de iniciativa privada desarrollan los derechos a la libertad económica y a la libre competencia, pues promueven el desarrollo empresarial y permiten la participación de diversos interesados, incluso sin que hayan concurrido a la planeación del proyecto.

1.3.4.3. También arguye que el artículo 20 de la ley 1508 impulsa los principios de selección objetiva y libre concurrencia, toda vez que permite que un ente privado participe en un proceso de selección en el que la iniciativa viene de otro particular, y en el que se evalúan con el mismo rasero las ofertas de todos los participantes. La posibilidad que tiene el originador de mejorar su oferta no lesiona los principios referidos, ya que es una excepción legítima que el Legislador podía establecer dentro de su amplio margen de configuración para promover un fin estatal.

1.3.4.4. Señala que el inciso demandado es una clara manifestación de los principios constitucionales de búsqueda del bien común y prevalencia del interés general, puesto que el incentivo en comento promociona el desarrollo del bienestar asociado a la contratación estatal.

1.3.4.5. Por último, sostiene que no se presenta una violación de la igualdad, ya que (i) la diferenciación que se introduce persigue objetivos importantes como incrementar la productividad, modernizar la infraestructura del país y ahorrar recursos del fisco; (ii) el medio elegido es idóneo para alcanzar esas metas, pues efectivamente incentiva la participación de los particulares en la planeación de los proyectos; (iii) la medida es necesaria, debido a que no existen otros estímulos menos lesivos; y (iv) la medida es proporcionada en estricto sentido porque promueve objetivos muy significativos

y en todo caso garantiza que los demás proponentes reciban un trato idéntico en la evaluación de las ofertas.

1.3.5. Instituto Nacional de Vías (Invias)

Solicita que se declare la constitucionalidad de la norma acusada, por los motivos que a continuación se exponen:

1.3.5.1. Considera que el artículo 20 de la ley 1508 de 2012 no afirma que se deba hacer uso de la modalidad de selección abreviada, sino que cada entidad estatal deberá adoptar su metodología, de lo que se desprende que para este caso el Legislador quiso implementar una mecánica de selección propia, siendo proporcionada con el hecho de que el originador del proyecto no sólo lo ideó, sino que también sufragó su estructuración.

1.3.5.2. Manifiesta que si se observa el decreto reglamentario se puede identificar que la posibilidad que se le otorga al originador del proyecto para mejorar su propuesta no es omnímoda, por cuanto sólo se puede ejercer si se cumplen requisitos precisos de temporalidad y ponderación.

1.3.6. Cámara Colombiana de Infraestructura

Solicita se declare una inhibición parcial y se emita un fallo de exequibilidad del inciso demandado. Para sustentar su petición, expone lo siguiente:

1.3.6.2. Considera que no es cierto que se viola el principio de igualdad, toda vez que el actor no argumenta la forma en que el tratamiento legislativo diferente de los proponentes carece de objetividad y racionalidad.

1.3.6.3. En cuanto al cargo por vulneración al debido proceso, afirma que no se presenta, ya que el Legislador lo que hizo fue precisamente crear un proceso especial para la elección del contratista en los contratos de APP de iniciativa privada sin recursos públicos, el cual fue posteriormente reglamentado por el decreto 1467 de 2012.

1.3.6.4. Respecto de la violación de los principios de la función administrativa, advierte que no se evidencia, puesto que la norma acusada dispone que siempre se debe elegir la mejor opción para el Estado, después de ser evaluadas todas las propuestas, lo que garantiza imparcialidad y moralidad.

1.3.7. Universidad Libre

Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la facultad de Derecho, y Luis Gilberto Ortegón Ortegón, profesor de la facultad de Derecho, solicitan que se declare inexequible el inciso demandado, por los siguientes motivos:

1.3.7.1. Manifiestan que el la disposición es contraria al principio de igualdad, puesto que si bien es cierto busca la incorporación de recursos privados al desarrollo de la infraestructura pública, “(…) ello no justifica que solamente el proponente originario pueda

mejorar la oferta, y tenga el derecho a que se le adjudique el contrato, permitiendo que se presenten proyectos artificialmente bajos o altos". Agregan que frente al privilegio que se concede al originador, los demás proponentes quedan desprovistos de cualquier oportunidad.

1.3.7.2. De otro lado, alegan que con ese régimen de prerrogativas, "(…) lejos de lograr el cumplimiento de los principios de la Función Administrativa (…) por el contrario, se está privilegiando a determinadas personas por razón de sus recursos, quienes siempre tendrán ventajas frente a los demás proponentes".

1.3.8. Universidad Externado de Colombia

El Grupo de Derecho Administrativo solicita a esta Corte declararse inhibida o, en su defecto, declarar la exequibilidad del inciso, por las siguientes razones:

1.3.8.1. Indica que a pesar de lo expresado en la demanda acerca de la relación inescindible entre los principios constitucionales de la función administrativa y los principios legales de la contratación pública, una demanda de constitucionalidad solo puede basarse en la violación de normas constitucionales y no legales. Luego aquí se configura una ausencia de cargo de constitucionalidad, pues la demanda se basa solamente en la lesión de los principios legales de la contratación estatal.

1.3.8.2. Por otra parte, aduce que el inciso no atenta contra la igualdad porque si bien es cierto el originador y los proponentes que no tuvieron la iniciativa privada se encuentran en posición de igualdad en la medida en que ambos deben someterse a un proceso de selección objetiva, el trato diferenciado es razonable, pues busca premiar el trabajo del originador, así como fomentar la identificación de proyectos y la presentación de iniciativas. Además, en su sentir, la ventaja que se concede no es excesiva.

1.3.9. Fundación Universitaria Agraria de Colombia

Coadyuva la acción incoada, puesto que estima que el precepto desconoce de forma directa los principios de igualdad, imparcialidad y selección objetiva, que tienen asidero en mandatos constitucionales, y según los cuales es una obligación del Estado, cuando pretenda contratar un bien o un servicio propio de su quehacer, garantizar igualdad material a quienes pretendan participar en el proceso de selección y el posterior contrato estatal. Esto implica, en su sentir, que no es posible atribuir ventajas a algún particular, como lo hace el inciso objeto de censura.

1.3.10. Ciudadano Camilo Ospina

Pide una decisión inhibitoria o, en su defecto, una declaración de exequibilidad, con fundamento en los siguientes argumentos:

1.3.10.1. Considera que la demanda es inepta porque el demandante (i) no especifica la norma constitucional que es infringida, (ii) no brinda argumentos suficientes ni claros que permitan un examen de fondo de la constitucionalidad del inciso, y (iii) formula cargos con un "claro contenido ideológico", ya que "(…) considera inconveniente la disposición por considerar que los particulares no deben participar en la prestación de

servicios y/o generación de infraestructura pública, sino por el contrario, que todas las obras, y servicios públicos sean prestados por el Estado".

1.3.10.2. De otro lado, resalta que la presentación de proyectos privados de operación y mantenimiento de infraestructura pública no es una figura nueva en la legislación colombiana, pues ya se hallaba en el artículo 32 de la ley 80 de 1993; sin embargo, explica que no había funcionado debido a la falta de incentivos, en particular por los altos costos que conlleva la planeación y estructuración de un proyecto; es en este contexto que se expide la ley 1508.

1.3.10.3. Asegura que el principio de igualdad no es trasgredido por el inciso demandado, ya que (i) la presentación de la propuesta no hace que necesariamente el originador resulte seleccionado; (i) la medida se orienta a la realización del interés general, toda vez que se presume que el originador tiene mejor conocimiento tanto técnico como financiero del proyecto; (iii) en todo caso la propuesta del originador debe someterse a un proceso de selección objetiva conforme a un pliego de condiciones; y (iv) el incentivo cuestionado es razonable dado el esfuerzo realizado por el originador.

1.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Defiende la constitucionalidad del inciso por las razones que siguen:

1.4.1. Sostiene que el derecho a presentar una nueva oferta por parte del estructurador no vulnera el núcleo del principio de concurrencia, pues la norma no consagró restricciones para el acceso de terceros interesados en la ejecución del proyecto más allá de otorgar ciertas garantías para mantener la condición de no requerir recursos públicos, y tampoco estableció que la estructuración del proyecto por parte del originador suponga que éste será en forma necesaria el ejecutor.

1.4.2. Alega que tampoco se vulnera el núcleo del principio de igualdad, dado que el parámetro con el cual se valoran las ofertas es el mismo.

1.4.3. Considera que la medida es proporcionada y razonable, puesto que: (i) constituye una aplicación concreta del reconocimiento constitucional del amplio margen de configuración del Legislador en materia de contratación estatal; (ii) es legítima, en tanto permite a la Administración escoger la mejor oferta dentro de los parámetros establecidos por la entidad y el estructurador del proyecto; y (iii) es adecuada, ya que otorgar un incentivo a quien ha estructurado el proyecto fomenta la provisión de servicios de infraestructura en diversos ámbitos, los cuales se acompasan con las finalidades del Estado.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de la referencia, pues la disposición acusada hace parte de una ley de la República.

2.2. EXAMEN DE LA APTITUD DE LA DEMANDA

2.2.1. Varios intervinientes[1] solicitan que se emita un fallo inhibitorio, particularmente frente a los cargos por violación del debido proceso y los principios de la función administrativa, puesto que consideran que la demanda no explica el concepto de violación, se fundamenta en interpretaciones subjetivas y consecuencias que no se derivan del inciso demandado, y se basa en el desconocimiento de normas de rango legal

2.2.2. La Sala observa que, en síntesis, el demandante afirma que el inciso tercero del artículo 20 de la ley 1508 de 2012 trasgrede los artículos 4, 13, 29 y 209 de la Constitución, por los siguientes motivos: (i) pone en una situación desigual a dos sujetos que deberían recibir el mismo trato -como proponentes en un proceso de selección de contratistas de entidades estatales- de conformidad las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007; (ii) ese tratamiento diferenciado no tiene justificación, "[m]áxime si se tiene en cuenta que en la práctica el originador se encuentra en una posición inicial de ventaja frente al tercero interesado, pues ha tenido conocimiento de qué y cuánto necesita el proyecto para ser aceptado"; (iii) la ventaja que otorga el inciso al originador del proyecto crea un desbalance en el proceso de selección que rompe la imparcialidad que debe regirlo; y (iv) esa ventaja también lesiona el debido proceso, ya que "(…) desconoce las formas propias de los diferentes procesos de selección y que se encuentran contenidas en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública".

2.2.3. En criterio de la Sala, este reproche se relaciona principalmente con el principio de igualdad. Ciertamente, de la demanda se deducen los elementos para configurar un cargo claro, cierto, específico, pertinente y suficiente de violación de este principio[2]; las premisas de este cargo son: (i) todos los proponentes que participan en la selección abreviada para adjudicar un contrato de APP de iniciativa privada deben recibir el mismo tratamiento, teniendo como criterio de comparación el ser proponentes de un proceso de selección de contratistas de una entidad estatal; (ii) el inciso acusado no otorga un tratamiento igual a todos los proponentes, sino que crea una ventaja a favor del proponente originador del proyecto; (iii) ese tratamiento diferenciado no tiene justificación, con mayor razón si se tiene en cuenta que el originador tiene de hecho una mejor posición debido al conocimiento previo que ha adquirido sobre el proyecto que se busca ejecutar.

En vista de que en la petición del actor se encuentran los elementos de un cargo apto relacionado con la lesión del principio de igualdad, la Sala emitirá un pronunciamiento de fondo al respecto.

2.2.4. Por otra parte, la Sala estima que aunque el actor cita como violados los artículos 4, 29 y 209 de la Carta Política, no formula argumentos claros, ciertos, pertinentes, específicos y suficientes para sustentar tal afirmación.

Cuando se refiere a la violación del artículo 4, el demandante reitera los argumentos de trasgresión del principio de igualdad; no hace siquiera un esfuerzo por precisar el contenido normativo del artículo 4 y explicar por qué el inciso acusado se opone a ese contenido.

En la sección sobre violación del debido proceso, el ciudadano simplemente aduce que se desconocen las formas propias de los procesos de contratación estatal previstas en

normativa de orden legal, sin explicar por qué el Legislador no podía variar tales procesos sin lesionar la garantía constitucional aludida. Este cargo se basa además en una confrontación entre la ley 1508 y las leyes 80 y 1150, en las cuales asegura que se encuentran las formas propias de los procesos de selección de los contratistas de las entidades estatales; dicho de otro modo, el cargo se fundamenta en una confrontación de normas de rango legal.

En cuando a la alegada violación de los principios de la función administrativa, el actor simplemente sostiene que éstos se traducen en los principios de la contratación estatal de imparcialidad y selección objetiva, principios que a su vez, afirma, son lesionados por las mismas razones que se trasgrede la igualdad. El ciudadano no explica cuál es, en su sentir, el contenido normativo de los principios de la función administrativa y por qué el inciso materia de controversia los inobserva.

Dada la ineptitud de la demanda en cuanto a los cargos por violación de los artículos 4, 29 y 209 superiores, esta Corte se inhibirá de pronunciarse al respecto.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO

2.3.1. Como se explicó en la sección anterior, el actor alega que el inciso demandado vulnera el principio de igualdad, toda vez que, en su criterio: (i) todos los proponentes que participan en la selección abreviada para adjudicar un contrato de APP de iniciativa privada deben recibir el mismo tratamiento, teniendo como criterio de comparación el ser proponentes de un proceso de selección de contratistas de una entidad estatal; (ii) el inciso acusado no otorga un tratamiento igual a todos los proponentes, sino que crea una ventaja a favor del proponente originador del proyecto; (iii) ese tratamiento diferenciado no tiene justificación, con mayor razón si se tiene en cuenta que el originador tiene de hecho una mejor posición debido al conocimiento previo que ha adquirido sobre el proyecto que se busca ejecutar.

2.3.2. Algunos intervinientes[3] apoyan la demanda, ya que, además de los argumentos expuestos por el demandante, a su juicio, (i) en la práctica el inciso conduce a que el originador sea el adjudicatario del contrato; y (ii) la medida termina beneficiando a aquellos grupos con mayores recursos, pues son ellos quienes pueden estructurar las iniciativas a las que alude el artículo 20 de la ley 1508.

2.3.3. Por otro lado, la mayor parte de las intervenciones[4] y el concepto del Ministerio Público solicitan que el inciso se declare exequible; en sustento de esa petición, se aduce lo siguiente:

En primer término, sostienen que el originador y los demás proponentes en el contexto de las APP de iniciativa privada no son grupos comparables, pues el primero es quien estructura el proyecto y formula la iniciativa por su propia cuenta y riesgo.

Explican que la medida persigue finalidades importantes como (i) atraer la inversión privada al desarrollo de la infraestructura pública; (ii) promover la contribución de los particulares a la estructuración de este tipo de proyectos y aprovechar así su conocimiento y experiencia; (iii) evitar que terceros que no realizaron esfuerzos en esa etapa previa,

saquen provecho indiscriminado del trabajo realizado por el originador; (iv) ahorrar recursos del fisco; y (v) modernizar la infraestructura del país.

Alegan que el inciso supera el juicio leve de igualdad -al que debe someterse el precepto teniendo en cuenta su carácter eminentemente económico-, toda vez que (i) persigue objetivos importantes como los anteriormente resaltados; (ii) se vale de un medio idóneo para incentivar las iniciativas privadas; (iii) representa una medida necesaria, en vista de que no existen medios menos lesivos; y (iv) es proporcionado, pues no limita la competencia y sí impulsa fines estatales significativos.

Agregan que la posibilidad que se cuestiona –el tratamiento diferenciado- halla justificación en el esfuerzo inicial que realiza el originador de la iniciativa, pues él, además de identificar la necesidad que atenderá el proyecto, realiza los estudios de prefactibilidad y la estructuración inicial por su propia cuenta y riesgo.

Señalan que no es cierto que la oportunidad que se concede al originador siempre se traduzca en su escogencia, ya que, de un lado, límites en su estructura de costos, organización, conocimiento, etc. pueden impedirle hacer uso de esa posibilidad, y de otro, puede ocurrir que la oferta un vez mejorada en todo caso no supere la evaluación objetiva de la entidad estatal a la luz de las condiciones del proceso de selección.

Manifiestan que la disposición no elimina la competencia porque permite que particulares distintos al originador participen en el proceso de selección y, por esta vía, incentiva la calidad en la ejecución del proyecto.

Resaltan que todas las ofertas –incluida la del originador- son estudiadas con los mismos estándares, los cuales deben estar consignados en el pliego de condiciones, de modo que se garantiza la selección objetiva.

Arguyen que las APP de iniciativa privada no pueden equipararse a otras modalidades de contratación estatal, debido a que en ellas la iniciativa proviene de un particular, quien por su propia cuenta y riesgo lleva a cabo el trabajo previo de proyección.

2.3.4. En este contexto, corresponde a la Sala determinar si el incentivo que el inciso tercero del artículo 20 de la ley 1508 otorga al originador de un proyecto que se busca ejecutar bajo la modalidad de APP de iniciativa privada, consistente en permitirle mejorar su oferta si la formulada originalmente no obtuvo la mejor calificación, lesiona el principio de igualdad.

Para resolver este interrogante, la Sala se ocupará de (i) del alcance del principio de igualdad en materia de contratación estatal, y (ii) del contenido y finalidades de la ley 1508 y, específicamente, de la medida acusada. Con fundamento en estas consideraciones se examinará la constitucionalidad del inciso tercero del artículo 20 de la ley 1508.

2.4. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO ORIENTADOR DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

2.4.1. El artículo 13 de la Constitución reconoce el principio y derecho a la igualdad. Como ha precisado la jurisprudencia constitucional, de este precepto se desprenden los siguientes mandatos:

“(…) (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.(…)”.[5]

2.4.2. Como ha indicado esta Corporación, la actividad contractual en el Estado es una modalidad de gestión pública regida, entre otros, por el principio de igualdad en virtud de los artículos 13 y 209 superiores. Esta garantía se manifiesta, por ejemplo, en 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 en que éstas sean evaluadas según los mismos estándares objetivos[6].

2.4.3. Aunque esta Corte ha reconocido que el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para regular la contratación estatal, también ha precisado que la igualdad impone un límite a dicha libertad[7]. Por ello, en varias ocasiones, se han declarado inconstitucionales disposiciones que atentaban contra esa garantía.

Por ejemplo, en la sentencia C-949 de 2001[8], se encontró que la expresión “automática” del artículo 36 de la ley 80 era inconstitucional, en tanto autorizaba la prórroga automática de los contratos de concesión de telecomunicaciones. A juicio del Tribunal, la prórroga automática de dichos contratos por un lapso igual al del contrato inicial, vulneraba el principio de libre concurrencia y restringía la igualdad de oportunidades para acceder al espectro electromagnético, teniendo en cuenta que por vía de la prórroga los contratos podían terminar ampliándose hasta por 20 años, obstaculizando así sin justificación la participación de otros oferentes capacitados técnica y financieramente en la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones.

Por razones similares, en la sentencia C-862 de 2008[9], el parágrafo 3º del artículo 12 de la ley 1150 de 2007 fue hallado inconstitucional, ya que introducía una diferencia de trato injustificada entre las Mipymes que adelantaran cualquier actividad y que aspiraran a suscribir los contratos estatales de provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales, y aquellas cuyo objeto social o cuya actividad a contratar fuera la intermediación de seguros. El tratamiento diferenciado consistía en la exclusión del segundo grupo de los privilegios que la Administración podía conceder a Mipymes en la contratación pública. Después de aplicar un juicio estricto de igualdad, se llegó a la conclusión de que la medida era discriminatoria, por cuanto, aunque perseguía objetivos valiosos –como la prevalencia del interés general, y la economía y eficacia de la función administrativa-, presentaba los siguientes problemas:

En primer lugar, el trato diferenciado no era absolutamente necesario ni adecuado para asegurar la seriedad, cumplimiento y objetividad del contratista porque (i) la vigilancia de una empresa por parte de Superintendencia Financiera ofrece mayores garantías de solidez, liquidez y confianza en el manejo adecuado de sus negocios, (ii) “(…) el proceso de

selección de los intermediarios de seguros es idéntico para el caso de grandes empresas o de Mipymes, por lo que las medidas de discriminación positiva solamente se aplicarían para lo que sea conforme a la naturaleza particular del contrato que determine el reglamento", y (iii) "(…) el hecho de que sea una Mipyme no necesariamente la hace débil en seriedad y cumplimiento o ejecución de contratos para la provisión de obras, bienes, servicios".

En segundo lugar, también se observó que la medida no era adecuada para escoger la oferta más favorable para el Estado, "(…) en tanto que si lo que pretende la ley es fomentar el desarrollo de pequeñas empresas para impulsar la economía y el empleo nacional, evidentemente la oferta más favorable no es solamente la presentada por la empresa más sólida, sino por la empresa en crecimiento que crea nuevos empleos y se proyecta en la economía de mercado, sin sacrificar el cumplimiento y seriedad de la ejecución contractual."

Por último, se sostuvo que el sacrificio de los derechos a la igualdad de las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera y al trabajo de los empleados de esas empresas, resultaba exagerado frente al beneficio social pretendido de seriedad, cumplimiento y objetividad del contratista y la escogencia de la oferta más favorable para el Estado.

Posteriormente, en la sentencia C-068 de 2009[10], este Tribunal declaró inexequible, entre otras, la expresión "y sucesivamente" contenida en el inciso primero del artículo 8º de la ley 1º de 1991, en tanto permitía la prórroga sucesiva de los contratos de concesión portuaria sin limitación en términos de número. En sentir de la Corte, la prórroga sucesiva desconocía los derechos a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, pues beneficiaba en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, "(…) al privar de su ejercicio efectivo a quienes no participaron o no resultaron escogidos en el proceso que culminó con su otorgamiento, así como a nuevos oferentes que se [encontraran] en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria."

2.4.4. No obstante, la Corporación también ha reconocido que la libre concurrencia, la selección objetiva y otras manifestaciones del principio de igualdad pueden ser limitadas por el Legislador, quien, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, puede introducir tratamientos diferenciados, por ejemplo, atendiendo a las características del respetivo contrato y a las condiciones de las partes involucradas[11].

Con apoyo en este razonamiento, en la sentencia C-1514 de 2000[12], fue declarado exequible el artículo 15 de la ley 80 de 1993, el cual otorga a las entidades públicas la facultad de interpretar unilateralmente los contratos estatales cuando "(…) durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal". El demandante alegaba que la disposición atenta contra el orden justo y otorga un privilegio injustificado a las entidades contratantes. Por el contrario, la Corte encontró, de un lado, que el tratamiento diferenciado encuentra justificación en la limitada libertad contractual del Estado y los importantes fines que se cumplen a través de la contratación

pública, y de otro, que no es una medida desproporcionaba, pues (i) opera en circunstancias extremas –cuando la discrepancia amenaza conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público y previo intento de acuerdo entre las partes-, (ii) está acompañada de la posibilidad de solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, y (iii) desarrolla el principio de economía.

Luego, en la sentencia C-815 de 2001[13], también se declararon constitucionales los incisos 1° y 2° del literal b) del artículo 11 de la ley 555 de 2000, los cuales establecían que "[l]os concesionarios de telefonía móvil celular, TMC, los operadores nacionales de trunking, sus empresas filiales, matrices, subordinadas; los accionistas de los concesionarios de TMC, los accionistas de los operadores nacionales de trunking, que tengan una participación individual o conjuntamente de más del 30% y las empresas matrices, filiales o subordinadas de dichos accionistas" no podían "[p]articipar en el proceso de licitación, ni obtener concesiones de PCS en ninguna de las áreas de prestación de PCS". La Sala Plena consideró que la diferencia de trato estaba justificada, ya que quienes son concesionarios del servicio tienen una ventaja en el momento de proponer condiciones en la licitación o concurso, sobre quienes no lo son, pues los primeros ya tienen acceso al uso del espectro electromagnético y por ello economías de escalas que les permiten ofrecer mejores condiciones contractuales. Adicionalmente, se concluyó que la medida perseguía importantes fines como (i) asegurar la igualdad de oportunidades, (ii) garantizar el pluralismo en el acceso al uso del espectro electromagnético, y (iii) minimizar el riesgo que, para la continuidad y permanencia en la prestación de un servicio público en condiciones de eficiencia, se deriva de su concentración en uno o pocos sujetos. Por último, sostuvo que no era cierto que las disposiciones demandadas limitaran la libre competencia, puesto que no eliminaban la posibilidad de que los operadores de TMC y Trunking compitieran en el sector de la telecomunicación móvil, toda vez que ya tenían acceso al espectro.

2.4.5. En suma, la contratación estatal, como modalidad de gestión pública, debe sujetarse al principio de igualdad, de manera que aunque el Legislador goza de amplia libertad de configuración para regular esta materia, debe en todo caso acatar los mandatos que se desprenden de dicha garantía. Esto significa que es inconstitucional todo tratamiento diferenciado que no esté justificado a la luz de la Constitución, justificación que suele ser analizada por medio del juicio de igualdad.

2.5. ANTECEDENTES Y CONTENIDO NORMATIVO DEL INCISO DEMANDADO

2.5.1. Contenido y propósitos de la ley 1508 de 2012

2.5.1.1. El proyecto de ley 160 de 2011 Senado 144 de 2011 de Cámara, que daría lugar a la ley 1508 de 2012, fue promovido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el DNP, con el fin de incentivar la participación del sector privado en la modernización, construcción, operación y/o mantenimiento de la infraestructura pública del país en términos eficientes, así como potenciar el uso del mercado de capitales como fuente de financiación, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y tomando como ejemplo las mejores prácticas internacionales.[14]

2.5.1.2. Esta iniciativa fue justificada en los beneficios que, según el Gobierno, ha reportado la vinculación del sector privado al desarrollo de infraestructura pública. En la

exposición de motivos se destacan tales beneficios así:

“Son múltiples los beneficios alcanzados a través de la vinculación del sector privado, como se resalta en el Conpes 3538, en el cual se concluye que ‘la inversión del sector privado en infraestructura ha contribuido a incrementar la productividad, establecer empresas con solidez financiera, mejorar la gestión de las mismas, promocionar la competencia, aumentar la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, promocionar la inversión extranjera, propiciar programas de democratización de la propiedad accionaria, aumentar la cobertura y calidad de los servicios y adicionalmente, disminuir los recursos transferidos a empresas públicas y/o subsectores de infraestructura, incidiendo de manera positiva en las perspectivas de endeudamiento público y posibilitando el aumento de recursos destinados a otros sectores’”[15] (referencias eliminadas).

No obstante los logros alcanzados, en la exposición de motivos también se resaltaron algunos aspectos que se deben fortalecer:

En su intervención, el DNP además explicó que el proyecto fue radicado en un contexto de déficit de infraestructura y escasez de recursos públicos para satisfacer tal demanda.

2.5.1.3. El proyecto se inscribe entonces en la búsqueda de mecanismos más eficientes y eficaces para promover el desarrollo de la infraestructura pública y superar las dificultades antes descritas. Sus objetivos específicos fueron resumidos en la exposición de motivos de la siguiente forma:

“Bajo el nuevo enfoque de asociaciones público-privadas se busca: (1) estructurar los mecanismos de pago del Gobierno y evaluar la infraestructura en función del servicio que se ofrece a los beneficiarios, medido en términos de desempeño, calidad y disponibilidad; (2) optimizar la transferencia y distribución de riesgos de los proyectos, con base en una valoración rigurosa de estos y un cuidadoso análisis en términos de eficiencia en la asignación de los mismos; (3) explorar fuentes complementarias de ingresos para el inversionista privado que faciliten el financiamiento de la infraestructura pública ‘por explotación comercial, inmobiliaria, etc.’, y (4) alinear los incentivos del inversionista privado y de los distintos actores incluidos en todas las etapas de desarrollo del proyecto, propendiendo a la culminación oportuna de las obras, la ejecución de la mejor construcción posible de cara a la optimización de los costos de mantenimiento a cargo del privado, y la financiación de largo plazo de los proyectos; aspectos que sin duda incentivarán la búsqueda de recursos a través del mercado de capitales por parte de los inversionistas privados.” [17]

Los logros que se espera obtener fueron enunciados así:

“- Atracción de inversionistas privados de largo plazo que a través de sus diferentes estructuras internas o comerciales estén en capacidad de convertirse en el centro de gestión, organización y financiación de proyectos de infraestructura, de manera directa y/o a través de la contratación de diferentes actores con el fin de llevar a cabo, según sea el caso, el diseño, construcción, operación y mantenimiento de dicha infraestructura pública.

– Acceso, a través de la relación contractual, a la capacidad de financiación, maximización del beneficio económico, capacidad gerencial, gestión e innovación que tiene el sector para el desarrollo eficiente de este tipo de proyectos de infraestructura, todo con el fin de que los usuarios del servicio sean quienes en últimas se beneficien de dichas capacidades y colaboración.

– Estructuración, durante el proceso de selección, de la relación entre las partes, de tal manera que se pueda hacer una distribución de riesgos adecuada, con el fin de que dichos riesgos, propios del proyecto, estén en cabeza de quien tenga la mejor capacidad de asumirlos, administrarlos y gestionarlos.

– Optimización de los recursos del Estado, no solo basado en la capacidad del privado para la financiación de la construcción de la infraestructura física, sino también en la capacidad del privado de gestionar, operar y mantener dicha infraestructura, ya que lo que se busca es la prestación de servicios asociados a un activo a cambio de un pago, por parte del Estado, ligado a la disponibilidad de la infraestructura, niveles y calidad del servicio suministrado. Es decir, los pagos que hace el Estado o los derech os que permite cobrar por el uso de la infraestructura están ligados a la calidad y desempeño en la prestación del servicio y no a anticipos o hitos constructivos.

– Alineación de intereses entre el público y el privado, ya que el sector público no pagará al privado rubros provenientes de la construcción, sino que iniciará sus pagos con la disponibilidad de la infraestructura, situación que motiva al privado a construir eficientemente y en términos de calidad.

– Capacidad de lograr estándares de calidad en el servicio que se presta, ligados a la disponibilidad de la infraestructura, con la participación del privado, situación que a su vez redunda en la minimización de costos del Estado gracias a la eficiencia lograda a través del contrato.

– 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.”[18]

2.5.1.4. El debate se concretó en la ley 1508, la cual creó un nuevo tipo de contrato estatal cuyas principales características son: (i) su objeto es la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados, específicamente “(…) el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura” –artículo 3-; (ii) la forma de remuneración es la concesión del “(…) derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte” y “(…) con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera” –artículo 3-; (iii) la inversión que implica el respectivo contrato debe ser superior a 6.000 smmlv –parágrafo 1º del artículo 3-; (iv) por regla general el plazo máximo del contrato, incluidas las prórrogas, es de 30 años –artículo 6-[19], es decir, se trata de contratos de larga duración; (v) la posibilidad del contratista de comenzar a recibir la remuneración –mediante la explotación económica del proyecto, desembolsos de

recursos públicos o cualquier otra modalidad- está condicionada a "(…) la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto" –artículo 5-, de esta forma se introdujo el concepto de pago por disponibilidad y nivel de servicio; y (vi) la distribución de los riesgos debe hacerse en cada caso atendiendo a cuál de las partes está mejor capacitada para administrarlos "(…) buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio" –artículo 4-.[20]

2.5.1.5. La ley prevé además dos tipos de APP: de iniciativa pública y de iniciativa privada.

En la primera modalidad, la entidad contratante debe encargarse de: (i) realizar los estudios previos de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico, los cuales deben contar con la aprobación del DNP o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial; (ii) elaborar "(…) la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato"; (iii) evaluar el costo-beneficio del proyecto "(…) analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados"; (iv) justificar la utilización del mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto; y (v) llevar a cabo "(…) análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre" – artículo 11-.

En la segunda modalidad, la estructuración del proyecto la realiza por su propia cuenta y riesgo y asumiendo todos los costos, el particular que identifica la necesidad y la pone en conocimiento de la entidad pública responsable de satisfacerla –artículo 14-; a este particular se le denomina "originador".

La formulación de la iniciativa privada se divide en dos partes: en la primera –etapa de prefactibilidad-, el originador debe presentar una "(…) descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación" –artículo 14-.[21]

Después de que la entidad la entidad estatal competente –en un plazo máximo de tres meses- determina que la propuesta es de su interés y es viable, de conformidad con las políticas sectoriales y la priorización de proyectos a ser desarrollados, se abre la segunda fase o etapa de factibilidad –artículo 15-. En esta fase el originador debe "(…) anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos", así como "(…) certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto" –artículo 14-.[22] Adicionalmente, durante la etapa de evaluación de la iniciativa por la entidad

estatal correspondiente, el originador puede ser también llamado a profundizar en sus investigaciones, elaborar estudios adicionales o complementarios, o llevar a cabo ajustes o precisiones al proyecto –artículo 16-.

2.5.1.6. Las dos modalidades de APP están en todo caso sometidas a sistemas de selección objetiva regidos por el principio de libre concurrencia. En el caso de las APP de iniciativa pública, la ley 1508 autoriza apelar a un sistema de precalificación –artículo 10- y sujeta la selección de la mejor oferta a los criterios previamente establecidos en los respectivos pliegos de condiciones o sus equivalentes, en los que se podrán incluir aspectos como "(…) los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato" –artículo 12.2-.

En la hipótesis de las APP de iniciativa privada, después de que el proyecto gestado por el particular es aceptado por la respectiva entidad, si se requieren recursos públicos, debe convocarse una licitación pública –artículo 17-, y si no se necesitan de tales dineros, se debe surtir un proceso de elección según las reglas de la selección abreviada de menor cuantía con precalificación –artículo 20-.

2.5.1.7. Con el fin específicamente de promover la formulación de proyectos en la modalidad de APP de iniciativa privada –materia sobre la que versa la demanda-, se idearon los siguientes mecanismos:

Para el caso de proyectos que requirieren desembolso de recursos públicos, se previó la asignación al originador de "(…) una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto" –artículo 17-.

Para la hipótesis de proyectos que no demandan desembolsos de dineros públicos, se incluyeron las siguientes fórmulas: de un lado, otorgar al originador el derecho a mejorar el ofrecimiento inicialmente realizado cuando en el proceso de selección su propuesta no sea evaluada como la mejor –artículo 20-, y de otro, permitir a la entidad adjudicar directamente el contrato al gestor de la iniciativa cuando ningún otro particular participa en el proceso de selección –artículo 19-.

De igual forma, la ley 1508 dispone que, en caso de que la iniciativa sea aceptada, al originador deben reembolsársele los gastos en los que incurrió para llevar a cabo los estudios de estructuración, e incluso si la iniciativa no es aceptada, se prevé que la entidad tiene la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública –artículos 16, 17 y 20-.

El actor considera específicamente que el incentivo que se otorga al estructurador de una iniciativa que no requiere recursos públicos, consistente en permitirle mejorar su oferta, es inconstitucional por violación del principio de igualdad. En vista del cargo, la Sala se ocupará a continuación con más detalle del origen y justificación de ese mecanismo.

2.5.1.8. En resumen, la ley 1508 fue promovida para introducir las APP como

nueva modalidad contractual, en vista de los beneficios que según la experiencia comparada reportan en términos de eficiencia, eficacia, innovación, ahorro de recursos públicos y ampliación y mejoramiento de la infraestructura pública.

Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva.

2.5.2. Origen y contenido normativo del inciso tercero del artículo 20 de la ley 1508 de 2012

2.5.2.1. El inciso acusado señala:

"Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley."

2.5.2.2. La medida censurada fue propuesta por el Gobierno en el proyecto de ley y aprobada sin mayor modificación por el Congreso. Sobre su justificación se explicó lo siguiente en la exposición de motivos:

"Cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos, con el propósito de fomentar procesos competitivos, se realizará una publicación del proyecto en la cual se señalarán las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y se anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador. Sin perjuicio de lo anterior, con la finalidad de crear condiciones que posibiliten y constituyan un aliciente a la presentación de iniciativas privadas, se prevé la posibilidad de otorgarle el derecho al originador de la propuesta de mejorar el ofrecimiento considerado mejor calificado, lo que permitirá a la Administración contar con la mejor propuesta posible, y al originador ver reconocido su esfuerzo en la presentación, estructuración y análisis de un proyecto de iniciativa privada."[23]

Con base en esta justificación, en el inciso tercero del artículo 16 del proyecto de ley se propuso la siguiente disposición para concretar el incentivo:

"Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, éste

tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de 5 días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato."[24]

Este texto fue aprobado en el trámite legislativo casi en su integridad; solamente se amplió el plazo para presentar la nueva oferta a 10 días hábiles.[25]

2.5.2.3. El DNP explicó que el inciso demandado responde a una de las modalidades de incentivo utilizado en el derecho comparado para promover la formulación de iniciativas privadas a ejecutar mediante contratos de APP. La entidad señaló que en las experiencias internacionales existen diversas formas de otorgar estímulos a los particulares para que identifiquen y formulen proyectos innovadores; por ejemplo, en algunos regímenes existe un sistema de bonos, según el cual el innovador obtiene un "premio" en la calificación de su propuesta en caso de concurrencia de interesados en la ejecución del proyecto. En otros ordenamientos se utiliza el "derecho a igualar" -right to match-, conocido también como swiss challenge system, mecanismo de acuerdo con el cual el titular de la iniciativa tiene la capacidad de igualar la mejor oferta.[26] Esta última modalidad fue la que el Legislador decidió acoger en Colombia, y con ella, según el DNP, se busca además "(…) minimizar el efecto free rider inherente a las iniciativas privadas, puesto que al presentarse terceros interesados en forma indiscriminada se aprovecharían de los estudios llevados a cabo por el proponente".

En su intervención, la entidad también puso de presente la importancia de adoptar incentivos de esta naturaleza, dada la dificultad de atraer la participación de los particulares a la estructuración del tipo de proyectos en los que se enfocan las APP, especialmente cuando todos los estudios previos y el diseño del proyecto debe ser realizados por su propia cuenta y riesgo.[27]

2.5.2.4. Como se puede apreciar, la disposición demandada constituye un incentivo a la participación de los particulares en el diseño y estructuración de proyectos de infraestructura de gran envergadura, con miras a sacar provecho de sus conocimientos y capacidades especializadas, así como a generar ahorros de recursos del erario.

A partir de una interpretación gramatical, sistemática e histórica del inciso, se puede concluir que su contenido normativo es el siguiente: (i) crea una facultad en cabeza del originador de una iniciativa privada de APP que no demanda desembolso de recursos públicos, es decir, introduce una posibilidad de la que puede o no hacer uso el originador; (ii) esa facultad consiste en permitirle mejorar la oferta que inicialmente presentó dentro del proceso de selección abreviada de menor cuantía a la que alude el inciso segundo del artículo 20 de la ley 1508, cuando aquella no obtuvo la mejor calificación; (iii) el mejoramiento de la oferta debe hacerse de conformidad con los parámetros previamente fijados en el proceso de selección –en los pliegos de condiciones o documentos que hagan sus veces- y con sujeción a la ley 1508 y sus normas reglamentarias; (iv) la facultad otorgada al originador no conlleva la obligación de la entidad contratante de seleccionar la propuesta mejorada; y (v) esta última será elegida solamente cuando cumpla los requisitos de los pliegos y resulte con una mejor calificación que la propuesta que inicialmente había sido evaluada con los puntajes más altos.

2.6. EL INCISO DEMANDADO NO VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

2.6.1. El actor alega que el inciso demandado vulnera el principio de igualdad, toda vez que, en su criterio: (i) todos los proponentes que participan en la selección abreviada para adjudicar un contrato de APP de iniciativa privada deben recibir el mismo tratamiento, teniendo como criterio de comparación el ser proponentes de un proceso de selección de contratistas de una entidad estatal; (ii) el inciso acusado no otorga un tratamiento igual a todos los proponentes, sino que crea una ventaja a favor del proponente originador del proyecto; (iii) ese tratamiento diferenciado no tiene justificación, con mayor razón si se tiene en cuenta que el originador tiene de hecho una mejor posición debido al conocimiento previo que ha adquirido sobre el proyecto que se busca ejecutar.

La Sala, al igual que varios intervinientes y la Vista Fiscal, considera que el cargo no está llamado a prosperar y que, por el contrario, el inciso materia de controversia se ajusta al principio de igualdad. Los fundamentos de esta conclusión pasan a explicarse:

2.6.2. Antes de examinar la constitucionalidad del inciso, es preciso recordar que para evaluar si una disposición legal es acorde al principio de igualdad, la Corte Constitucional suele acudir a los juicios de igualdad. Éstos constituyen un método de análisis que permite determinar si el tratamiento diferente que un precepto dispensa a dos supuestos de hecho o grupos comparables, tiene una justificación que se aviene a los principios y valores constitucionales[28].

El escrutinio comienza con un análisis sobre si los grupos o supuestos de hecho entre los que se predica el supuesto tratamiento diferenciado, en realidad deben recibir prima facie el mismo trato, lo cual supone la identificación de un parámetro de comparación.[29]

En caso de concluirse que efectivamente los grupos o supuestos que se comparan merecen el mismo tratamiento prima facie, pasa a surtirse el estudio de la justificación de la medida. A partir de un juicio integrado, tal examen comprende el análisis de la finalidad del tratamiento diferenciado, de la idoneidad del medio elegido y de la proporcionalidad de la medida en estricto sentido.

Los pasos del escrutinio se deben llevar a cabo con mayores o menores niveles de intensidad dependiendo de los derechos y principios involucrados, así como de las bases de la diferenciación. En términos generales, la Corporación ha identificado tres niveles de escrutinio:

En primer lugar se encuentra el nivel leve, aplicable a medidas de naturaleza económica, tributaria o de política internacional, a asuntos que implican una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, a normativa preconstitucional derogada que aún surte efectos, o a casos en los que del contexto normativo de la disposición demandada no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho invocado como lesionado, entre otras hipótesis. En estos casos, en atención al amplio margen de configuración del que goza el Legislador -particularmente en materia económica, tributaria o de política internacional-, el juez debe verificar si el fin buscado no está constitucionalmente prohibido, si el medio escogido es idóneo para alcanzar el objetivo, y si la medida es proporcionada.[30]

En segundo lugar se halla el nivel intermedio, predicable de medidas que implican la restricción de derechos constitucionales no fundamentales, de casos en los que existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia, y de acciones afirmativas, entre otros supuestos. Para superar este nivel de escrutinio, el fin perseguido debe ser constitucionalmente importante, el medio elegido debe ser efectivamente conducente para alcanzar el fin, y la medida debe ser proporcionada.[31]

Por último está el nivel estricto; a éste debe acudirse, según la jurisprudencia constitucional, cuando está de por medio una clasificación sospechosa -como las enumeradas en el inciso 1º del artículo 13 superior-; cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; cuando la diferenciación que se implementa prima facie afecta el goce de un derecho constitucional fundamental; o cuando la medida crea un privilegio, entre otros eventos. En los casos en los que el juez aplica este nivel de escrutinio, debe examinar si el fin perseguido es o no imperioso, si el medio escogido es necesario, es decir, no puede ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo, y si la medida es proporcionada en estricto sentido.[32]

2.6.3. Con fundamento en las consideraciones anteriores, lo primero que debe hacer la Sala es determinar si los grupos entre los que el actor considera se dispensa un tratamiento diferenciado –los originadores de los APP de iniciativa privada que no requieren desembolso de dineros públicos y otros particulares interesados en ejecutar el proyecto-, son efectivamente comparables. A juicio de la Sala, la respuesta es negativa, pues aunque los dos grupos hacen parte de la categoría de "proponentes" dentro del proceso de selección abreviada de menor cuantía al que alude el inciso segundo del artículo 20 de la ley 1508, no se encuentran en la misma situación fáctica a la luz de los esfuerzos que cada colectivo ha realizado en la etapa precontractual.

Ciertamente, como se puso de presente en apartes previos, el originador de la iniciativa que se propone ejecutar mediante un contrato de APP de iniciativa privada, asume los costos y riesgos, y realiza las labores necesarias para la estructuración del proyecto en las etapas de prefactibilidad y factibilidad. Esto supone actividades tales como: identificación y descripción de la necesidad que se debe satisfacer, definición de la población que resultará beneficiada, realización de estudios de demanda, estructuración del plan de inversiones, cálculo de los costos estimados, señalamiento de las posibles fuentes de financiación, elaboración de diseños y estudios previos –en materia de suelos, títulos de propiedad, etc.-, identificación de actores financieros, operativos y administrativos involucrados, establecimiento de factores que pueden afectar la normal ejecución del proyecto, proposición de esquemas de distribución de riesgos, entre muchas otras. Por tanto, el originador asume una carga importante en la estructuración del proyecto y del respectivo contrato, e invierte importantes recursos que, en caso de que se acepte su propuesta, beneficiarán a la entidad contratante y a la sociedad en general.

Estos esfuerzos e inversiones no son realizadas por los otros particulares que, una vez aceptada la iniciativa tras la etapa de factibilidad, manifiesten su interés en ejecutar el proyecto. Cuando estos actores entran a participar, ya el proyecto se encuentra en una

etapa de diseño y estructuración avanzada. Ellos solamente deben formular una oferta basándose en las condiciones resultantes del esfuerzo llevado a cabo por el originador y que se consignan en el respectivo pliego de condiciones o documento que haga sus veces.

Las labores, inversiones y esfuerzos realizados por el originador en las etapas de prefactibilidad y factibilidad son criterios que impiden concluir que se halla en pie de igualdad con los demás particulares que una vez admitida la iniciativa, manifiestan su interés en la ejecución del proyecto.

En vista de que en este caso los grupos a los que se dispensa un trato diferenciado no son efectivamente comparables, se concluyó que la medida demandada no lesiona el principio de igualdad y, en consecuencia, debe ser declarada exequible.

No obstante, la Sala toma nota de que el artículo 20 no prevé mecanismos para resolver controversias especiales que pueden llegar a comprometer el derecho a la igualdad, como la que se puede suscitar en caso de que, una vez el originador mejore su oferta inicial, se presente un empate entre éste y el proponente que resultó mejor calificado en la primera etapa del proceso. En criterio de la Sala, es de suma importancia que el Legislador se ocupe de la materia con el fin de evitar efectos disuasorios de la iniciativa privada derivados de la falta de reglas claras al respecto. Recuérdese, como se indicó en apartes previos[33], que atraer la participación privada para generar proyectos bajo la modalidad de APP de iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos es una tarea sumamente difícil, de ahí la urgencia de la intervención del Legislador en la precisión de las reglas y la generación de estímulos adecuados.

2.7. CONCLUSIONES

2.7.1. Para comenzar, la Sala encontró que los cargos formulados por el demandante por violación de los artículos 4, 29 y 209 de la Carta Política, no se fundamentaron en argumentos claros, ciertos, pertinentes, específicos y suficientes. Por ello se inhibió de examinarlos de fondo.

2.7.2. Por otra parte, se encontró que de la demanda sí se derivaba un cargo apto por violación del principio de igualdad. Las premisas de este cargo, a juicio de la Corporación, pueden resumirse de la siguiente forma: (i) todos los proponentes que participan en la selección abreviada para adjudicar un contrato de APP de iniciativa privada que no requiere desembolso de recursos públicos deben recibir el mismo tratamiento, teniendo como criterio de comparación el ser proponentes de un proceso de selección de contratistas de una entidad estatal; (ii) el inciso acusado no otorga un tratamiento igual a todos los proponentes, sino que crea una ventaja a favor del proponente originador del proyecto que consiste en permitirle mejorar su oferta en caso de que no resulte ser la mejor calificada; (iii) ese tratamiento diferenciado no tiene justificación, con mayor razón si se tiene en cuenta que el originador tiene de hecho una mejor posición debido al conocimiento previo que ha adquirido sobre el proyecto que se busca ejecutar.

2.7.3. La Sala concluyó que el cargo referido no está llamado a prosperar y que, en consecuencia, el inciso tercero del artículo 20 de la ley 1508 debe declararse exequible. En

efecto, se observó que el originador no se halla en la misma situación de los terceros que manifiestan su interés en ejecutar el proyecto que el primero ha contribuido a estructurar. Ciertamente el originador lleva a cabo trabajos y realiza importantes inversiones en las etapas de prefactibilidad y factibilidad que no son realizados por los demás interesados, lo que permite concluir que no son grupos comparables, de manera que el trato diferenciado censurado no lesiona el principio de igualdad.

Por estas razones el inciso tercero del artículo 20 de la ley 1508 de 2012 será declarado ajustado a la Constitución.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el inciso tercero del artículo 20 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”, por las razones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrada

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrado

Magistrada

SONIA VIVAS PINEDA

Secretaria General

[1] DNP, ANI, Cámara Colombiana de Infraestructura, Universidad Externado de Colombia y el ciudadano Camilo Ospina.

[2] Cuando el cargo formulado por el demandante versa sobre la violación del derecho a la igualdad, la jurisprudencia constitucional ha señalado que debe cumplirse con una carga argumentativa específica. En estos eventos, "(…) la condición esencial para que se consolide un cargo por vulneración del principio de igualdad consiste en la identificación de un tratamiento diferenciado a dos personas o grupos de personas que se encuentren en idénticas circunstancias" o al menos equiparables (ver sentencia C-707 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño). En la sentencia C-264 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corporación agregó que el simple hecho de que el Legislador establezca diferenciaciones, no lleva consigo una vulneración del derecho a la igualdad. Por tanto, no es suficiente para los demandantes hacer juicios genéricos, sino que deben presentar las razones por las cuales las situaciones son asimilables y sustentar por qué el trato diferenciado es arbitrario o injustificado.

[3] La Universidad Libre y la Fundación Universitaria Agraria de Colombia.

[4] DNP, ANI, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, Invias y el ciudadano Camilo Ospina.

[5] Cfr. Sentencia C-1004 de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[6] Ver sentencias C-815 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-949 de 2001 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-862 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo, C-713 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa y C-300 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En la sentencia C-862 de 2008 se explicaron otras manifestaciones del principio de igualdad en el ámbito de la contratación estatal así: "i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados."

[7] Ver por ejemplo las sentencias C-815 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-713 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa.

[9] M.P. Mauricio González Cuervo.

[10] M.P. Mauricio González Cuervo.

[11] En la sentencia C-713 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa, se sostuvo: “Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.” A su turno, en la sentencia C-1514 de 2000 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, la Corte explicó: “El legislador cuenta con una amplia facultad para dictar el régimen de los contratos, tanto públicos como privados. En esta materia no está obligado a brindar idéntico tratamiento a cada materia contractual. Antes bien, la Carta le impone el deber de tener presente ciertas características de cada contrato, como ocurre en materia laboral (C.P. art. 53) o en contratación pública (C.P. art. 2). Ello implica que la situación de las partes frente al contrato no necesariamente se rigen por relaciones de igualdad, sino que, habida consideración de circunstancias particulares – sujetos del contrato, su objeto, etc.-, resulta necesario partir del reconocimiento de que se está en presencia de una situación de desigualdad, que define connotaciones especiales de cada contrato.”

[12] M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[13] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[14] Ver Gaceta del Congreso 823 de 2011. En el documento Conpes 3615 de 2009, antecedente de la ley 1508, se explica: “Una de las experiencias más destacadas a nivel mundial en el desarrollo de infraestructura bajo esquemas APP es la del gobierno británico, que ha impulsado el desarrollo de casi 900 proyectos con un valor acumulado de inversión de más US$ 120 mil millones14 a través de los denominados ‘Public-Private Partnerships’ (PPP), involucrando al sector privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios de largo plazo en diversas áreas. Los principales sectores donde se han desarrollado esquemas PPP en el Reino Unido son salud, educación, comunicaciones, edificaciones públicas, vivienda social, servicios penitenciales, defensa, manejo de residuos sólidos, medio ambiente, entre otros.” Cfr. Documento Conpes 3615 de 2009, p.p. 12 y 13. Trabajos en la materia ubican el surgimiento de los contratos de APP en la década de los 90, específicamente en el Reino Unido con la Iniciativa de Financiamiento Privado (PFI) lanzada en 1992 para alcanzar los siguientes objetivos: “Ayudar a resolver una necesidad real de renovar los activos públicos, después de un largo período de baja inversión en infraestructura” y “[f]omentar mejores prácticas por la vía de utilizar la capacidad de gestión del sector privado en el proceso, mitigando así los sobrecostos y retrasos habituales en el desarrollo de proyectos de inversión pública” (Cfr. Hinojosa, Sergio Alejandro, Un indicador de elegibilidad para seleccionar proyectos de asociaciones público – privadas en infraestructura y servicios, 2010, p. 115. Ver también Brunete de la Llave, María Teresa, Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público, 2009, p. 65). De esta modalidad contractual se destaca la introducción del concepto de “valor por dinero” –mejor relación precio-calidad-, el cual se fundamenta en la idea de que el precio más bajo no es siempre el criterio más adecuado para la selección de

las propuestas para desarrollo de infraestructura y que el énfasis debe ser puesto en la calidad de los servicios prestados (Ib.). Además, la mejor relación precio-calidad conlleva una invitación a la formulación de proyectos innovadores, pues la innovación permite mejorar esa relación (Ver Thais Rangel Guilherme Christiano, Jesús Galende del Canto, Innovación en Asociaciones Público Privadas (PPPs): una aplicación al caso español, Universidad de Salamanca, Documento de trabajo 10/2007, p. 3). Otras experiencias destacadas en la literatura son las de Australia, Chile, México, Perú, Sudáfrica, España e Irlanda (ver Brunete de la Llave, María Teresa, Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público, 2009. Devlin Robert, Maguillansky Graciela, Alianzas Público – Privadas como estrategias nacionales de desarrollo a largo plazo, Revista Cepal, No. 97, abril 2009).

[15] Cfr. Gaceta del Congreso 823 de 2011.

[16] Cfr. Gaceta del Congreso 823 de 2011.

[17] Cfr. Gaceta del Congreso 823 de 2011.

[18] Cfr. Gaceta del Congreso 823 de 2011.

[19] El artículo 6 de la ley 1508 introduce la siguiente excepción: "6.1 Cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, resulta que el proyecto tendrá un plazo de ejecución superior al previsto en el inciso anterior, podrán celebrarse contratos de asociación público privadas siempre que cuente con el concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES."

[20] En el Documento Conpes 1615 de 2009, antecedente de la ley 1508, se explica en qué consisten los contratos de APP de la siguiente forma: "Es una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento. ‖Es así como, bajo un contrato APP, el sector privado tradicionalmente financia, diseña, construye o re-construye la infraestructura necesaria (escuela, hospital, prisión, etc) para la provisión de un servicio público (educación, salud, custodia, etc), y está encargado de proveer todos los servicios asociados a la gestión y mantenimiento de dicha infraestructura durante la duración del contrato, que por naturaleza es de largo plazo. Por su parte, el sector público retiene la responsabilidad de proveer el servicio público y paga al sector privado por la prestación de todos los servicios relacionados a la infraestructura (no sólo por la construcción de la misma), siempre y cuando la calidad del servicio cumpla los requisitos estipulados en el contrato. Al ser el sector público, y no el usuario, el que paga por el servicio, el riesgo del nivel de utilización del servicio es retenido por el sector público. En ciertos casos, los ingresos para el sector privado son una mezcla de pagos por parte del usuario y pagos por

parte del sector público” (p.p. 13 y 14).

[21] El artículo 20 del decreto 1467 de 2012 “Por el cual se reglamenta el Decreto 1508 de 2012” precisa estas actividades a cargo del originador y la información que debe suministrar de la siguiente forma: “Etapa de prefactibilidad. En la etapa de prefactibilidad, el originador de la iniciativa privada deberá contar entre otros, con información secundaria, cifras históricas, proyecciones económicas del Estado y realizará las inspecciones básicas de campo que sean necesarias. El propósito de esta etapa consiste en proponer, cuantificar y comparar alternativas técnicas que permitirán analizar la viabilidad del proyecto.

En esta etapa el originador de la iniciativa privada, presentará ante la entidad estatal competente como mínimo la siguiente información:

20.1 Nombre y descripción completa del proyecto que incluye:

20.1.1 Nombre o razón social, domicilio, teléfono, correo electrónico y representante legal.

20.1.2 Documentos que acrediten su existencia y representación legal.

20.1.3 Diagnóstico actualizado que describa la situación actual del bien o servicio público.

20.1.4 Descripción general del proyecto.

20.2 Alcance del proyecto:

20.2.1 Descripción de la necesidad a satisfacer.

20.2.2 Población beneficiada.

20.2.3 Actividades o servicios que asumiría el inversionista.

20.2.4 Estudios de demanda en etapa de prefactibilidad.

20.2.5 Cronograma general y plan de inversiones de las etapas de construcción y operación y mantenimiento del proyecto, según corresponda.

20.3 Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:

20.3.1 Descripción y estado de avance de los estudios disponibles de ingeniería, los cuales deberán estar mínimo en etapa de prefactibilidad. Los estudios deberán ser anexados.

20.3.2 Cronograma de desarrollo de estudios y diseños.

20.4 Especificaciones del proyecto:

20.4.1 Diseño conceptual de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados.

20.4.2 Identificación de factores que afectan la normal ejecución del proyecto entre otros,

factores sociales, ambientales, prediales o ecológicos y propuesta inicial de mitigación de la potencial afectación para darle viabilidad al proyecto.

20.5 Costo estimado:

Estimación inicial de costos de inversión, operación y mantenimiento y sus proyecciones.

20.6 Fuente de financiación:

20.6.1 Estimación inicial de los ingresos operacionales del proyecto y sus proyecciones.

20.6.2 Estimación preliminar de la necesidad de contar con desembolsos de recursos públicos.

20.6.3 Identificación y estimación de las potenciales fuentes de financiación.

La entidad estatal competente podrá solicitar información adicional cuando lo considere pertinente."

(…).

Para la presentación del proyecto en etapa de factibilidad, el originador del proyecto deberá presentar como mínimo la siguiente información:

23.1 Originador del proyecto:

23.1.1 Documentos que acrediten su capacidad financiera o de potencial financiación, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.

23.1.2 Documentos que acrediten la experiencia en inversión o de estructuración de proyectos para desarrollar el proyecto, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.

23.2 Proyecto:

23.2.1 Nombre definitivo, ubicación geográfica y descripción detallada del proyecto y sus fases.

23.2.2 Diagnóstico definitivo que describa la forma mediante la cual se satisface la necesidad mediante la provisión del bien o servicio público.

23.2.3 Identificación de la población afectada y la necesidad de efectuar consultas previas.

23.2.4 Evaluación costo-beneficio del proyecto analizando el impacto social, económico y ambiental del proyecto sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.

23.2.5 Descripción del servicio que se prestaría bajo el esquema de Asociación Público Privada.

23.2.6 Terreno, estudio de títulos, identificación de gravámenes, servidumbres y demás derechos que puedan afectar la disponibilidad del bien.

23.3 Riesgos del proyecto:

23.3.1 Tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos del proyecto de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los Documentos CONPES y las normas que regulen la materia.

23.3.2 Análisis de amenazas y vulnerabilidad para identificar condiciones de riesgo de desastre, de acuerdo con la naturaleza del proyecto, en los términos del presente decreto.

23.4 Análisis financiero:

23.4.1 El modelo financiero en hoja de cálculo, detallado y formulado que fundamente el valor y el plazo del proyecto que contenga como mínimo:

23.4.1.1 Estimación de inversión y de costos de operación y mantenimiento y sus proyecciones discriminando el rubro de administración, imprevistos y utilidad.

23.4.1.2 Estimación de los ingresos del proyecto y sus proyecciones.

23.4.1.3 Estimación de solicitud de vigencias futuras, en caso que se requieran.

23.4.1.4 Supuestos financieros y estructura de financiamiento.

23.4.1.5 Construcción de los estados financieros.

23.4.1.6 Valoración del proyecto.

23.4.2 Diseño definitivo de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados.

23.5 Estudios actualizados:

23.5.1 Estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto y diseño arquitectónico cuando se requiera.

23.5.2 Cuantificación del valor de los estudios detallando sus costos.

En todo caso, el originador especificará aquellos estudios que considera no se requieran efectuar o actualizar, teniendo en cuenta la naturaleza del proyecto o que se encuentran disponibles por parte de la entidad estatal competente y resultan ser suficientes para la ejecución del mismo. En todo caso, la entidad estatal competente establecerá si la consideración del originador es válida y aceptada.

23.6 Minuta del contrato y anexos:

23.6.1 Minuta del contrato a celebrar y los demás anexos que se requieran.

23.6.2 Declaración juramentada sobre la veracidad y totalidad de la información que entrega el originador de la propuesta.

La entidad estatal competente podrá solicitar información adicional cuando lo considere pertinente."

[23] Cfr. Gaceta del Congreso 823 de 2011.

[24] Cfr. Gaceta del Congreso 823 de 2011.

[25] El artículo 20 del decreto 1467 de 2012- reglamentario de la ley 1508-, precisó el alcance del mecanismo bajo examen así: "30.3. La entidad estatal competente publicará un informe de evaluación de las ofertas presentadas. En caso de que el originador no haya quedado en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igualo superior al ochenta por ciento (80%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, éste tendrá la oportunidad de mejorar su oferta dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de publicación del informe por parte de la entidad estatal competente. Cumplido este plazo la entidad procederá a la evaluación de la oferta presentada por el originador, consolidará el resultado de la evaluación y dará cumplimiento a lo previsto en el numeral 8° y siguientes del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.

Para efectos de lo previsto en el presente numeral, se entiende que el originador mejora la oferta del proponente mejor calificado, cuando la nueva oferta del originador obtenga un puntaje que supere el puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada.

Si el originador dentro del plazo previsto en el inciso anterior no hace uso de la opción de mejorar la oferta en los términos señalados en el presente numeral, la entidad estatal incluirá dentro del contrato que resulte del proceso de selección, la obligación de que el contratista adjudicatario reconozca al originador del proyecto el reembolso de los costos en que este haya incurrido por la realización de los estudios necesarios para la estructuración del proyecto de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012."

[26] La literatura especializada reconoce que la creación de incentivos es parte importante de la regulación sustancial de las APP. Varias figuras se pueden encontrar en el derecho comparado: "(...) el sistema de bonos –bonus system- según el cual el iniciador tiene un 'premio' en la calificación de su propuesta en caso de concurrencia de interesados en la ejecución del proyecto, ya que se le asigna un puntaje (generalmente expresado en un porcentaje) superior a sus competidores por el hecho de ser el titular del proyecto. ‖Otro mecanismo destinado a incentivar al iniciador está conformado por el denominado derecho a igualar –Right to match-, conocido también como swiss challenge system, según el cual el titular de la iniciativa tiene la capacidad de igualar la mejor oferta; no obstante, éste mecanismo puede resultar altamente disuasivo de la competencia si no viene aparejado de la posibilidad de presentar una segunda oferta entre quien obtuvo el mejor puntaje y el titular de la iniciativa. ‖Un incentivo generalmente aceptado es el reconocimiento de los gastos en los que ha incurrido el titular de la iniciativa. Para ello la administración debe establecer los topes a los que hubiere lugar según el monto del proyecto. Este mecanismo opera en caso que finalmente sea un tercero quien se adjudique el derecho a ejecutar la obra. No obstante la experiencia demuestra que éste mecanismo por sí mismo no

constituye un incentivo para la generación de iniciativas, en la medida de que quienes formulan proyectos de inversión pretenden ejecutarlos y no que únicamente les sean reembolsados los gastos realizados en su formulación. ‖En algunos países el incentivo constituye el compromiso del Estado de convocar a concurso en un plazo determinado para la ejecución del proyecto de inversión materia de la iniciativa privada." Cfr. Henderson Palacios Lucy, Iniciativas Privadas Sobre Proyectos Estatales, Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Infraestructuras y Transporte, Número 3, 2009, p.p. 19 y 20. Otra modalidad de incentivo se halla en Argentina y Sudáfrica, donde se otorga al originador la ventaja de participar solamente en la ronda final de las ofertas (Ver Hodges Jhon, Dellacha Georgina, Unsolicited Infraestructure Proporsals. How Some Countries Introduce Competition and Transparency, PPIAF, Working Paper No.1, 2007, p.p. 7 – 10).

[27] La literatura especiualizada también destaca estas dificultades. Ver Hodges Jhon, Dellacha Georgina, Unsolicited Infraestructure Proporsals. How Some Countries Introduce Competition and Transparency, PPIAF, Working Paper No.1, 2007.

[28] Ver las sentencias C-741 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-434 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre muchas otras.

[29] Ver las sentencias C-741 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-114 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-434 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-221 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Respecto de la definición de los términos de comparación, la Corte expresó lo que sigue en la sentencia C-741 de 2003: "Este paso inicial es necesario para determinar si los dos grupos son diferentes y, por lo tanto, al trato diferente que a ellos les dio el legislador, se hace innecesaria la aplicación del juicio de igualdad, porque el principio de igualdad no exige tratar igual a los diferentes, como lo ha dicho la Corte reiteradamente. ‖ La identificación del criterio de comparación sirve para examinar si la clasificación del legislador agrupa realmente a personas diferentes a la luz de la norma acusada, en otras palabras, si las clases fueron racionalmente configuradas o si lo fueron caprichosamente. La racionalidad de la medida diferenciadora obedece al grado de acierto en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la ley. Así, la determinación de si dos grupos son comparables depende de su situación vista a la luz de los fines de la norma. ‖ Una clasificación es claramente racional si incluye a todas las personas en similar situación, y es totalmente irracional si ninguna de las personas incluidas tiene relación alguna con tales fines. Los casos donde la racionalidad de la clasificación es discutible, se refieren a los casos en que la ley no incluye a todas las personas colocadas en similar situación a la luz del fin buscado (infra-inclusiva) – p.ej. garantiza la educación gratuita a los niños de baja estatura y no a los de alta estatura –, incluye personas colocadas en situación diferente a la luz del fin buscado (sobre-inclusiva) – p.ej. garantiza la educación gratuita a niños de padres adinerados – o, al mismo tiempo, excluye a unas colocadas en situación similar e incluye a otras no colocadas en situación semejante (sobre-inclusiva e infra-inclusiva) – p.ej. garantiza la educación gratuita a todos los niños de baja estatura sean ricos o pobres y no a los altos –. ‖ En los casos donde la racionalidad de la clasificación es discutible, el control ejercido por el juez constitucional reconoce que no es posible exigir al legislador una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación del ámbito de las clases resultantes de dicho criterio. Esto porque en una democracia donde se respeta el principio de separación de las ramas del poder público

debe haber una distribución de funciones y un sistema de controles que permitan a la vez el cumplimiento efectivo de los fines del Estado, así como el respeto y la realización de principios, derechos y valores materiales. En este marco el legislador goza de un margen de configuración legislativa en materia del diseño de las políticas públicas, sin que le sea exigible jurídica, ni prácticamente dada la creciente complejidad social, una racionalidad máxima, es decir, una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación de las clases resultantes de aplicar dicho criterio."

[30] Ver las sentencias C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-434 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-221 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

[31] Ver las sentencias C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-434 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-221 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

[32] Ver las sentencias C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-434 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-221 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

[33] Ver pie de página 26.