



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá.

Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **LUIS ERNESTO VARGAS SILVA**

E. S. D.

1

Referencia: expediente número **D-10324**.

Demanda de inconstitucionalidad al parágrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012.

Actor: ANA MARIA MONCADA Y OTRA.

Asunto: Intervención ciudadana según Decreto 2067 de 1991 artículo 7.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá** y **NELSON ENRIQUE RUEDA RODRIGUEZ**, actuando como ciudadano y **Profesor del Área de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según Auto del 23 de julio de 2014, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

DE LA NORMA ACUSADA:

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.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

“Artículo 8°. Participación de entidades de naturaleza pública o mixta. Para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, que tengan por objeto el desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión

contractual previstos en la presente ley, sin desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley.

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

2

(Subrayado propio e indica lo cuestionado, quebrantamiento de la Constitución).

CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

El ciudadano acusa la norma de inconstitucional por los siguientes motivos:

La norma viola los principios de libre competencia (igualdad y libre competencia), asociación, liberalización en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, Estado social de derecho y función administrativa.

En su concepto la redacción de la norma fue errada y genera dos interpretaciones: de un lado, el entender que al mencionar “participación de las entidades de naturaleza pública y mixta” y “Se entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley” respecto de Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado; éstas son excluidas en todo el desarrollo de la ley, y que por tanto, no pueden generar de manera directa o conjunta con otras personas jurídicas proyectos con iniciativa privada en la modalidad de asociaciones público privadas.

Con base en esta argumentación, desarrolla toda una demostración dirigida a concluir que esta esta exclusión legislativa evidentemente viola los principios de libre competencia (igualdad y libre competencia), asociación, liberalización en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, Estado social de derecho y función administrativa.

En esta óptica y si la Corporación llega a considerar que efectivamente la norma pretendía la exclusión en tal sentido, solicita declarar inexecutable el párrafo mencionado.

Ahora bien, la segunda interpretación, se refiere al caso de que este tipo de entidades participen en proyectos de A.P.P. no estarán sometidas a las reglas de contratación administrativa propia de las demás entidades de tal carácter, bajo el entendido que no le son aplicables al tener en su constitución y capital una participación inferior al 50%.

Bajo esta segunda interpretación solicita entonces a la Honorable Corte, que se pronuncie haciendo una interpretación sistemática, teleológica y literal de la norma aclarando que se debe entender la exclusión en el sentido del régimen aplicable a

la contratación, y no, la negación a participar como originador de proyectos o propuestas.

Esto porque consideran la doble interpretación es bien posible y debe ser aclarada a través de pronunciamiento de constitucionalidad, tal como ha ocurrido en otras materias¹.

INTERVECIÓN CIUDADANA:

3

El texto de la demanda es abundante en el esfuerzo que hizo para sustentar por qué no puede excluirse a las entidades referidas como ofertantes de proyectos públicos privados, sin embargo en nuestro concepto y sin mayores dilaciones, no hay lugar a doble interpretación y por tanto en caso de que la Honorable Corte decida pronunciarse de fondo, plasmamos nuestra intervención para defender la constitucionalidad de la norma señalada, de la siguiente forma:

- 1. La norma demandada exceptúa claramente a las entidades públicas referidas, solamente en cuanto al régimen jurídico aplicable a la contratación en caso de participar como contratantes en proyectos públicos privados.**

En efecto, y partimos de la base del mismo argumento de las demandantes, la Corte solo debe hacer pronunciamientos sobre normas cuando la interpretación de la misma sea discordante y el efecto jurídico que pueda deducirse produzca varias posibilidades validas desde un punto de vista lógico y generen confusión teleológica y sistemática.

Y esas interpretaciones deben zanjarse desde una aplicación de los métodos de interpretación, como son: literal, teleológico y sistemático y en ese mismo orden de apreciación.

Solo superado el primero, es decir si literalmente la norma genera discordancia, valdría la pena hacer un esfuerzo interpretativo distinto, y revisarla desde el punto de vista del querer legislativo y cuál es la armonía o concordancia que guarda el acápite a interpretar con todo el contexto la norma, que es lo que finalmente solicita la demandante y que en efecto se ha utilizado varias veces por la Corte Constitucional (Sentencia C 812 de 2009. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo).

Desde nuestra perspectiva no es necesario tal análisis, pues la supuesta interpretación discordante que se presenta y que en acápite anterior fue ilustrada, jamás se da. En efecto, a pesar de que el título del artículo “participación de las entidades de naturaleza pública y mixta” y de que al inicio del párrafo demandado se diga “Se entenderán excluidos del ámbito de aplicación

¹ “la Corte examinara la solicitud de exequibilidad condicionada realizada por el actor, entendiendo que equivale a una petición de declaración tacita y parcial de inconstitucionalidad, ya que pretende excluir del ordenamiento jurídico una posible opción de interpretación de la norma que se juzga contraria a la Constitución.

(...)

La solicitud se justifica en la medida en que existen dos posibles interpretaciones de la norma: la que asegura que la calidad de contribuyente...debe acoger la Corte esta segunda interpretación.” Subrayado propio. Sentencia C 812 de 2009. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo.

establecido en la presente ley las entidades ...”; es claro que en el inciso del artículo se quiere es indicar cuál es el régimen de contratación al que debe ser sometido todo proyecto de asociaciones público privadas, y lo identifica como al régimen de contratación pública de la Ley 80 de 1993 y normas concordantes.

Por su parte el párrafo a continuación y queriendo desarrollar el mismo tema lo que hace es excluir a éstas especiales entidades del régimen de contratación administrativa, por la potísima razón de que estas no tienen nunca mayoría de capital de origen público y por tanto el régimen de contratación en un proyecto de tal naturaleza sería el del régimen privado.

Se verifica esta afirmación cuando al final del párrafo se encuentra la afirmación “cuando estas obren como contratantes”.

Es decir si las entidades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado; siendo contratantes, se deduce no están sujetas al régimen de contratación pública y lo harán con el régimen privado, conclusión literal, pero aún más lógica y sistemática, pues la participación de capital público es baja y la regla general es que el desarrollo de todo su objeto social se regula por el derecho privado como tradicionalmente ha sido y es a eso precisamente a lo que hace referencia la exclusión indicada.

Ahora bien, como la norma, sus decretos reglamentarios y demás régimen jurídico de la contratación administrativa (decreto 2767 de 2012, Resolución DNP 3656 de 2012, Ley 1593 de 2012) e incluso normas anteriores permiten, y se insiste, en modo alguno prohíben expresamente la participación de las mismas como ofertantes, pues se aplica el principio general de que lo no prohibido es permitido, así las cosas, simple y llanamente, si una de estas entidades de manera singular o con otras entidades privadas, presentaren proyectos de asociación a una entidad pública, pues se aplicaría el régimen de contratación administrativa, como literalmente lo indica el artículo 8 demandado. Por tanto, en el mismo evento si una de estas especiales entidades, de manera singular o con otras entidades privadas, presentare proyectos de asociación a una entidad también especial, es decir con menos del 50% de capital público, pues se aplicaría a ese proyecto las normas de contratación del derecho privado.

Así las cosas, pese la pésima redacción de título e incluso a la omisión de signos de puntuación en la redacción del párrafo, con la simple interpretación literal de todas maneras se rescata la claridad de la exclusión, bajo el entendido, que estas especiales entidades cuando contraten proyectos publico privados y actúe como contratante, pues tal proyecto se ajustara al régimen legal de derecho privado.

Por tanto y adicionando una revisión del todo el cuerpo de la norma y de las normas concordantes en materia de contratación administrativa, se concluye de igual manera, que jamás se ha insertado esta posible prohibición a las mencionadas entidades, por tanto teleológica y sistemáticamente la interpretación de exclusión en la posibilidad de participar en proyectos público privados no es lógica ni proporcional.

Por ello sin consideraciones adicionales, ratificamos que la norma debe ser declarada executable.

PETICIÓN.

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional solicita a la H. Corte Constitucional sirva declarar la exequibilidad del parágrafo único del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012.

En los anteriores términos dejamos rendida nuestra intervención de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la ley.

De los señores Magistrados, atentamente,

5

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

C.C. 79356668 de Bogotá.

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com

NELSON ENRIQUE RUEDA RODRIGUEZ

C.C. No. 79.876.545 de Bogotá.

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Docente de jornada completa del Área de Derecho Procesal

Universidad Libre de Colombia, seccional Bogotá.

Calle 8 5-80, Cel. 300 551 75 76. Correo: nelsonenriquedp@yahoo.com.