Sentencia C-269/21

Referencia: Expediente D-14052.

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso final (parcial) del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, "[p]or el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. 'Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad'".

Demandantes: Andrés Felipe Acosta López y otros.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D. C., once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, Diana Fajardo Rivera, Jorge Enrique Ibáñez Najar, Alejandro Linares Cantillo, Paola Andrea Meneses Mosquera, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución, cumplidos todos los requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

ANTECEDENTES

El 18 de noviembre de 2020, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Andrés Felipe Acosta López, Juan David Grimaldos Martínez, Miguel Ángel Muñoz León, Camila Andrea Duque Camargo y Anderson Sebastián Manrique Méndez demandaron parcialmente el inciso final del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019 "[p]or el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. 'Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad'"[1]. Al respecto, propusieron tres cargos de inconstitucionalidad relativos al desconocimiento de los principios de justicia y equidad tributaria (artículo 95.9 de la Constitución), legalidad tributaria (artículo 338 superior) y unidad de materia (artículo 158 de la Carta). Mediante **Auto del 14 de diciembre de 2020**[2], la Magistrada Sustanciadora inadmitió los tres cargos propuestos por los accionantes.

El 12 de enero de 2021, los actores presentaron **escrito de corrección**[3] de la demanda y estructuraron su argumentación en dos cargos de inconstitucionalidad. En primer lugar, argumentaron que la expresión acusada desconoce el artículo 58 de la Constitución, que establece el derecho a la propiedad. En segundo lugar, sostuvieron que la norma demandada vulnera el artículo 158 de la Constitución, que establece el principio de unidad de materia en el trámite legislativo. En particular, afirmaron que "no existe una conexidad directa e inmediata" entre la expresión acusada y los objetivos, metas o estrategias previstos en el PND.

El Auto del 28 de enero de 2021[5], admitió la demanda en cuanto al cargo por desconocimiento

del artículo 58 constitucional y rechazó la acusación correspondiente al artículo 158 superior. Por lo tanto, comunicó el inicio del proceso a la Presidencia de la República, a la Presidencia del Congreso de la República, a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y, de Justicia y del Derecho, al Departamento Nacional de Planeación, y a la Agencia Nacional de Infraestructura para que conceptuaran, en caso de estimarlo oportuno. Del mismo modo, invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Consejo Nacional Gremial, a la Cámara Colombiana de la Infraestructura, al Colegio Colombiano de Abogados Administrativistas, y a las facultades de Derecho de las universidades Libre –seccional Bogotá–, del Norte, de Nariño, del Cauca, del Rosario y Externado de Colombia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto de la Procuradora General de la Nación, la Corte procede a decidir sobre la demanda de la referencia.

LA NORMA DEMANDADA

La demanda se dirige contra el inciso final (parcial) del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, "[p]or el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. 'Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad'", publicada en el Diario Oficial número 50.964 del 25 de mayo 2019. A continuación, la Sala resalta y subraya el aparte acusado:

"ARTÍCULO 116. EVALUACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA. El artículo 19 de la Ley 1882 de 2018 quedará así:

Artículo 19. Evaluación de los Proyectos de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada. Los originadores de proyectos de Asociación Pública Privada de Iniciativa privada, asumirán por su propia cuenta y riesgo, el costo estimado de su revisión y/o evaluación en la etapa de factibilidad.

Para el efecto, el originador deberá aportar, según corresponda:

a) El equivalente a 500 SMLMV en caso de proyectos cuyo presupuesto estimado de inversión sea inferior a 400.000 SMLMV, calculado en precios constantes al momento en que la entidad pública competente una vez finalizada la etapa de prefactibilidad manifiesta que el proyecto es de su interés, o

b) El equivalente al 0,1% del presupuesto estimado de Inversión para proyectos cuyo presupuesto estimado de inversión sea igual o superior a 400.000 smlmv, calculado en precios constantes al momento en que la entidad pública competente una vez finalizada la etapa de prefactibilidad manifiesta que el proyecto es de su interés.

La administración y manejo de los recursos aportados por el originador destinados a la revisión y/o evaluación del proyecto en etapa de factibilidad se realizará a través de un patrimonio autónomo que constituirá el originador. Los costos que genere la administración de dicho patrimonio autónomo deberán ser cubiertos por el originador de la iniciativa privada.

La entidad estatal encargada de la revisión y/o evaluación del proyecto será la beneficiaria del patrimonio autónomo y la encargada de autorizar la celebración de los contratos requeridos para el efecto, así como autorizar los pagos a que hubiere lugar en desarrollo de los mismos.

El costo estimado de la evaluación del proyecto en la etapa de factibilidad deberá girarse al

patrimonio autónomo en el plazo establecido por la entidad al momento de pronunciarse sobre el mismo una vez finalizada la etapa de prefactibilidad. En caso de que el originador no consigne el valor de la evaluación del proyecto la entidad estatal no adelantará su respectiva evaluación.

Finalizada la evaluación del proyecto, se procederá a la liquidación del patrimonio autónomo **y sus excedentes si los hubiere serán consignados a orden del tesoro nacional**" (negrilla y subraya no original).

LA DEMANDA

A juicio de los accionantes, la expresión acusada desconoce el artículo 58 de la Constitución, en concreto, el derecho a la propiedad. Como consideración previa, señalaron que, en virtud del artículo 19 de la Ley 1882 de 2018, los originadores de proyectos de infraestructura pública de iniciativa privada o para la prestación de sus servicios asociados asumen, por su propia cuenta y riesgo, la totalidad de los costos de la evaluación de las propuestas. Además, la misma disposición estableció la obligación de constituir un patrimonio autónomo para financiarla. Sin embargo, la redacción original del artículo 19 no contempló el destino de los excedentes de los recursos aportados al patrimonio autónomo una vez finalizada la evaluación del proyecto. En este sentido, los peticionarios sostuvieron que, antes de la expedición de la Ley 1955 de 2019, los excedentes eran retornados al originador con la liquidación del patrimonio autónomo por tratarse de recursos de naturaleza privada que cumplen con el fin específico de financiar la evaluación del proyecto.

Posteriormente, argumentaron que no existe razón alguna para que el dinero consignado al patrimonio autónomo por el originador, de naturaleza privada, se convierta en un recurso público. Efectivamente, la creación del patrimonio autónomo tiene la finalidad específica de financiar y asegurar la seriedad de la evaluación del proyecto en su etapa de factibilidad. Por lo tanto, cuando se cumple dicho propósito, deja de existir una justificación para no devolver el dinero al originador. Además, si bien es cierto que una entidad pública es la beneficiaria del patrimonio autónomo para el cumplimiento de un fin específico, esto no implica que el dinero consignado adquiera naturaleza pública. Lo anterior, porque la participación económica del Estado en la constitución del patrimonio es nula.

Por otra parte, sostuvieron que la medida es una restricción irrazonable y desproporcionada a la propiedad de los originadores por las siguientes razones: (i) la apropiación de los excedentes del patrimonio autónomo por parte del Estado no corresponde a una destinación específica asociada con la utilidad pública; (ii) no existe actividad ilícita que pueda asociarse con la figura de extinción de dominio; y, (iii) no puede considerarse como confiscación porque "el Estado no se estaría apoderando de todos o parte considerable de los bienes de una persona sin compensación económica"[6]. Además, la expresión demandada desconoce los principios de justicia conmutativa y de buena fe. Lo expuesto, debido a que genera un enriquecimiento sin causa del Estado a costa del empobrecimiento correlativo del originador del proyecto. Por lo tanto, se altera la equivalencia entre las prestaciones correlativas de las partes en la etapa de factibilidad del proyecto.

Por último, advirtieron que la medida no puede considerarse como un tributo. En concreto, indicaron que no existe un hecho generador ni una base gravable para entenderlo como una norma tributaria. Además, el dinero consignado a orden del tesoro nacional no depende de la capacidad contributiva permanente de los originadores. En este sentido, la medida no puede enmarcarse en ninguna de las tres clases de tributos: impuestos, tasas o contribuciones

especiales.

INTERVENCIONES

Universidad Externado de Colombia[7]

El Centro Externadista de Estudios Fiscales –CEEF– del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia solicitó a la Corte declarar INEXEQUIBLE la expresión demandada. En primer lugar, resaltó que las etapas de prefactibilidad y factibilidad en la estructuración del proyecto de APP son de naturaleza precontractual. En este sentido, la única participación económica para la constitución del patrimonio autónomo es la del originador. Por lo tanto, no existe justificación para la obligación de consignar los excedentes al tesoro nacional. Aquella no configura el retorno de una inversión pública debido a que aquella no se ha realizado. En segundo lugar, argumentó que la norma acusada desconoce el principio de justicia conmutativa. Lo anterior, por la ausencia de razones que sustenten los excedentes pasen a ser recursos públicos. Además, sostuvo que no es posible considerar la consignación de los excedentes como el pago de un tributo. Finalmente, manifestó que esta medida configura un enriquecimiento sin justa causa a favor del Estado porque al terminar la evaluación del proyecto desaparecen las justas causas para no devolver los excedentes al privado.

Cámara Colombiana de la Infraestructura – CCI

Consideró que la disposición demandada debe declararse INEXEQUIBLE por violación del derecho a la propiedad privada de los originadores privados de proyectos de APP. Argumentó que el apartado no persigue un fin específico e imperioso ya que establece como objetivo del aporte del originador la evaluación del proyecto. Sin embargo, la norma omite precisar cuál es el propósito perseguido al consignar los excedentes que no se usaron para la evaluación a orden del tesoro nacional. Adicionalmente, precisó que, si bien es cierto que el originador asume el riesgo inherente a los costos de estructuración del proyecto, esto no incluye la imposibilidad de recuperar los recursos que no fueron utilizados para tal estructuración y/o evaluación del proyecto de APP. En conclusión, sostuvo que la expresión demandada supone una restricción desproporcionada del núcleo esencial del derecho fundamental a la propiedad de los originadores privados.

Departamento Nacional de Planeación – DNP

Pidió a la Corte declarar EXEQUIBLE la norma acusada porque no desconoce el derecho a la propiedad privada de los originadores. Según el artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, los originadores deben asumir por su propia cuenta y riesgo el costo estimado de la evaluación del proyecto en la etapa de factibilidad. Además, al fijarse una estimación del costo de evaluación, los originadores no pueden reclamar excedentes si el costo fue menor, así como tampoco se les puede exigir un pago adicional si el costo fue mayor. En cuanto al derecho a la propiedad, la entidad precisó que la fiducia mercantil supone una transferencia del derecho de dominio de los bienes fideicomitidos por parte del fideicomitente al fiduciario. En este sentido, no es posible hablar de un detrimento patrimonial del originador porque el aporte que realizó ya no hace parte de su patrimonio. Del mismo modo, señaló que es posible que los bienes del patrimonio autónomo al momento de su liquidación sean transferidos al beneficiario (una entidad pública en este caso) y no al fideicomitente/originador en virtud de las previsiones legales y de los términos del contrato de fiducia. Finalmente, añadió que la finalidad de la medida consiste en la alineación de incentivos entre el sector público y el sector privado para desalentar iniciativas con estudios

deficientes. Por lo tanto, la imposición de este costo de revisión a cargo del originador permite filtrar propuestas que no cuenten con estudios sólidos. De esta manera se lograría racionalizar el uso de los escasos recursos públicos al realizar las evaluaciones con el dinero de los propios originadores.

Ministerio de Transporte[10]

Estimó que la expresión demandada debe declararse EXEQUIBLE. En concreto, adujo que la norma no vulnera los principios de justicia y equidad, legalidad tributaria, y unidad de materia. Respecto a los principios de justicia y equidad, manifestó que los originadores deben asumir por su cuenta y riesgo el costo estimado de evaluación del proyecto. Dicha obligación se materializa con la constitución del patrimonio autónomo, al cual se transfiere el dominio del aporte del originador. Esta operación implica que el valor consignado por el privado se convierte en un recurso público en virtud de su destinación a materializar una actividad administrativa, como lo es la evaluación del proyecto.

Adicionalmente, indicó que la constitución del patrimonio autónomo para financiar la evaluación de proyectos de APP de iniciativa privada "no es un negocio jurídico desde el cual se haga transferencia temporal de un activo con fines de devolución y rendimientos al final del mismo"[11]. Por el contrario, se trata de un modo en que el originador asume los costos de estudio y revisión de su proyecto en la etapa de factibilidad. Además, afirmó que el propósito de la expresión acusada no se encuentra regulado por el negocio de fiducia mercantil, a diferencia de la perspectiva privatista utilizada por los accionantes.

En este punto, estimó que, si se considera que el traslado de los excedentes al tesoro nacional es un enriquecimiento sin justa causa a favor del Estado, lo mismo podría predicarse de la totalidad del dinero consignado por el originador al patrimonio autónomo. En su criterio, la interpretación del principio de reciprocidad propuesta por los accionantes implicaría que si no se retorna la totalidad del dinero consignado por el originador se estaría ante el detrimento patrimonial del particular en cualquier escenario.

Por otra parte, el Ministerio sostuvo que la medida tiene la finalidad pública de incentivar la iniciativa privada de las APP para el desarrollo de la infraestructura del país. En este sentido, los excedentes que no se utilizaron para la evaluación del proyecto "se encuentran afectos al objetivo estratégico del cubrimiento de necesidades de infraestructura en el país"[12].

También indicó que no se desconoce el principio de legalidad tributaria porque la no devolución de los excedentes al originador no es una carga impositiva, sino la consecuencia de asumir voluntariamente los costos de evaluación del proyecto, por su cuenta y riesgo. Por último, señaló que la expresión no vulnera el principio de unidad de materia porque su finalidad es materializar la logística necesaria para el desarrollo regional de la infraestructura vial.

Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

Solicitó a la Corte INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo. Al respecto, sostuvo que el cargo admitido carece de especificidad y pertinencia. Por un lado, no es específico porque los demandantes parten de una interpretación errónea de la norma, puesto que no hace referencia al contrato de fiducia mercantil. Además, omiten señalar que el originador, antes de presentar su proyecto, conoce los costos que debe asumir. En consecuencia, los argumentos de los demandantes parten de supuestos errados que no ofrecen una verdadera confrontación entre la norma legal y el parámetro constitucional. Por otra parte, aseveró que el cargo no es pertinente.

Indicó que las consecuencias jurídicas que los demandantes derivan de la disposición acusada obedecen a consideraciones de tipo subjetivo.

Posteriormente, argumentó que, en caso de que la Corte decida estudiar el fondo del asunto, la expresión demandada debe declararse EXEQUIBLE. En concreto, indicó que, en la fiducia mercantil, a diferencia del encargo fiduciario, se produce una transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos. También señaló que, a la terminación del fideicomiso, los bienes deben retornar al fideicomitente si otra cosa no se ha establecido. Sin embargo, es posible establecer que los bienes excedentes sean transferidos a un beneficiario, como, en este caso, el tesoro nacional. Finalmente, advirtió que la Ley 1508 de 2012 prevé que, tanto en el escenario en que el proyecto sea viable y aceptado (inciso 2º del artículo 16) como en el que no sea seleccionado (inciso 4° del parágrafo 4 del artículo 5), la entidad deberá pagarle al originador el valor en que incurrió por costos de evaluación. Por lo tanto, el originador recibirá el valor que aportó al patrimonio autónomo, lo cual desestima cualquier vulneración del derecho a la propiedad.

CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuradora General de la Nación solicitó a la Corte declarar EXEQUIBLE el aparte acusado[14]. El Ministerio Público resaltó que el particular que desee participar como originador de una APP de iniciativa privada debe estructurar, bajo su propia cuenta y riesgo, la propuesta de infraestructura pública o la prestación del servicio asociado. En torno a los costos de estructuración del proyecto, indicó que la Ley 1508 de 2012 regula dos escenarios: (i) si la iniciativa es considerada viable, la comunicación de las condiciones de aceptación para el originador incluirá el monto de los estudios realizados; y, (ii) si el originador no resulta seleccionado, el adjudicatario deberá pagar al originador el valor de los costos de los estudios. En esta línea, hizo énfasis en que, a partir de la celebración de una fiducia mercantil, el patrimonio autónomo que se constituye para adelantar la evaluación del proyecto no es propiedad del originador, sino que es independiente de sus bienes. En este caso, el originador, con el fin de que se evalúe su proyecto, constituye el patrimonio autónomo a riesgo propio. Además, recordó que es posible que el beneficiario de un patrimonio autónomo sea una persona diferente al constituyente. En conclusión, la expresión acusada no supone una violación del derecho de propiedad, pues tal escenario requiere que se obligue a los administrados a entregar sus recursos sin justa causa, lo cual no ocurre en este caso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

En virtud del artículo 241.4 superior, la Corte es competente para conocer la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso final (parcial) del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, porque se trata de un texto normativo incluido en una ley de la República.

Consideraciones preliminares

Antes de abordar el debate constitucional propuesto en la demanda, la Sala debe analizar la aptitud de los argumentos presentados por los accionantes. Esto se debe puntualmente a la solicitud de inhibición por parte de la ANI. Esa entidad manifestó que el cargo admitido carece de especificidad y pertinencia.

Por un lado, la entidad sostuvo que la censura propuesta no es específica, ya que recae sobre una interpretación incorrecta de la norma. En este sentido, los peticionarios no comprenden la

naturaleza del contrato de fiducia mercantil y que los originadores asumen por su cuenta y riesgo el costo estimado de la revisión o evaluación de sus proyectos a través de la constitución de un patrimonio autónomo. Por lo tanto, señaló que los demandantes parten de supuestos errados que no muestran una verdadera confrontación entre la norma legal y un parámetro de constitucionalidad. Por otra parte, afirmó que el cargo no es pertinente ya que las consecuencias jurídicas que los peticionarios derivan de la norma demandada obedecen a consideraciones subjetivas.

Aptitud sustantiva de la demanda

El Decreto 2067 de 1991 dispone en su artículo 2° que, entre otros requisitos, la demanda de inconstitucionalidad debe precisar "las razones por las cuales dichos textos [los constitucionales] se estiman violados". A través de múltiples pronunciamientos, esta Corporación ha identificado parámetros que le permiten valorar el cumplimiento de esta exigencia[15]. Para que sea así, el demandante debe asumir una carga argumentativa mínima que no se encuentra sometida a rigorismos técnico-jurídicos especiales[16]. Sin embargo, los argumentos planteados sí deben llevar a que la Corte pueda comprender y discernir el problema de constitucionalidad que se le plantea, delimitar el objeto de su análisis y efectuar el estudio que corresponda.

Tal comprensión se deriva además del carácter público de la acción de inconstitucionalidad que permite a cualquier ciudadano acudir a la administración de justicia en resguardo de la coherencia del sistema jurídico con la Constitución. Basta con que su argumentación genere una duda sobre la falta de correspondencia entre la ley que acusa y el orden constitucional vigente, y plantee al menos un reproche en contra de aquella.

Con todo, la existencia de los cargos de inconstitucionalidad contra las disposiciones con fuerza de ley está supeditada a la estructuración de lo que se ha reconocido como el concepto de la violación[17]. Para que su formulación sea exitosa es preciso que los argumentos de inconstitucionalidad contra las normas acusadas sean:

Claros, lo que implica que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan de forma nítida.

Ciertos, es decir, la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; no sobre una inferida por el demandante, implícita o que hace parte de normas que no fueron objeto de demanda. En relación con este requisito esta Corporación ha señalado que "la censura es cierta siempre que los significados que se le atribuyan al precepto demandado deriven de su texto y no constituyan una suposición o una conjetura carente de asidero en la formulación normativa aportada por el legislador"[19].

Específicos, de modo que se precise cómo la norma acusada vulnera un precepto o preceptos de la Constitución. La oposición entre las normas en contraste debe ser objetiva y verificable del contenido de la ley y el texto de la Carta, de modo que son inadmisibles los argumentos vagos, indeterminados, abstractos y globales.

Pertinentes, lo que significa que el reproche debe tener naturaleza constitucional y no legal y/o doctrinaria, tampoco deben ser argumentos relacionados con la valoración de la oportunidad o consecuencias de la norma.

Suficientes, en el sentido de que se expongan todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio y que despierten siquiera una duda mínima sobre la

inconstitucionalidad de la disposición acusada.

La Corte debe constatar en cada caso que los razonamientos contenidos en la demanda cumplan todos estos requisitos. Aquellos aseguran la existencia de un cargo de inconstitucionalidad y le permite a este Tribunal realizar un pronunciamiento de fondo. Su verificación se efectúa en dos etapas: en la admisión de la demanda y al momento de proferir la sentencia. En la fase de admisión, el magistrado a quien fue repartido el asunto examina si este cumple con los requisitos para ser estudiado. En el momento de emitir la sentencia, la Sala Plena analiza la satisfacción de cada uno de ellos, sin que el concepto proferido anteriormente le resulte vinculante[20].

En el presente caso, la Sala considera que el cargo es apto por los siguientes motivos:

Primero, es claro porque existe un hilo conductor en la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y su justificación en relación con la confrontación entre ella y el artículo 58 de la Constitución.

Segundo, es cierto ya que el alcance que los accionantes le endilgan a la expresión acusada (destinación de excedentes al tesoro nacional) efectivamente puede deducirse de su lectura. De igual manera, es cierto que la confrontación entre la norma impugnada y las garantías de la propiedad privada pueden generar problemas de constitucionalidad al entender que el Estado debe tener justificación suficiente para exigirle a los particulares que aporten recursos de su patrimonio para la financiación de proyectos públicos.

Tercero, es específico puesto que precisa de forma objetiva y verificable una oposición entre el contenido de la expresión acusada y el derecho a la propiedad. En efecto, los peticionarios exponen las razones por las cuales consideran que se afecta de manera injustificada el patrimonio del originador cuando los excedentes de la evaluación de los proyectos de APP no le son devueltos. En tal sentido, la interpretación de los demandantes es posible dentro de los márgenes hermenéuticos de la normativa cuestionada. En efecto, la norma constitucional establece el derecho a la propiedad y el precepto parcialmente acusado impone al originador que se desprenda de una parte de ella consistente en los excedentes que quedan luego de la liquidación de un patrimonio autónomo constituido para la evaluación de los proyectos de APP de iniciativa privada.

No se trata de un argumento vago, indeterminado, abstracto o global. De hecho, los argumentos expuestos por la ANI para cuestionar la aptitud del cargo realmente corresponden al fondo del asunto. La entidad afirma que los peticionarios no comprenden la naturaleza del contrato de fiducia y el alcance de lo que significa "asumir por su cuenta y riesgo" el costo estimado de la evaluación de los proyectos de APP. Como se verá posteriormente, justamente allí radica el problema constitucional planteado sobre la supuesta violación del derecho a la propiedad como consecuencia de un modelo específico de fiducia. Esta figura admite varias posibilidades para determinar beneficiarios, sin embargo, en este caso, la norma establece como beneficiario único de los excedentes al Estado. En este sentido, los demandantes cuestionan tal forma de fijar el beneficiario y la constitucionalidad de la carga económica (no recibir los excedentes) en cabeza de los originadores de los proyectos de APP en esta etapa precontractual.

Cuarto, es pertinente toda vez que se trata de un reproche de naturaleza constitucional basado en el artículo 58 de la Carta. No es cierto, como plantea la ANI, que las consecuencias contenidas en la expresión acusada se deriven de consideraciones subjetivas o de supuestos que ella no contiene. Por el contrario, la lectura de la disposición acusada permite evidenciar que, en efecto,

los excedentes del patrimonio autónomo serán consignados a orden del tesoro nacional cuando no hayan sido utilizados para la evaluación o revisión del proyecto propuesto por el originador. Esta destinación es considerada inconstitucional por los actores.

Quinto, es suficiente puesto que, al reunir los requisitos previamente descritos, la censura propuesta cuenta con una carga argumentativa apta para generar una duda sobre la constitucionalidad de la expresión acusada a la luz del artículo 58 de la Constitución.

De esta manera, la Sala estima que los ciudadanos edificaron el concepto de violación de la Carta con fundamento en reproches de naturaleza constitucional claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes. En consecuencia, el cargo es apto para generar un pronunciamiento de fondo de la Corte, por lo que procederá a analizarlo.

Problema jurídico y metodología de la decisión

Los demandantes consideran que el fragmento acusado desconoce el derecho a la propiedad (artículo 58 superior). Lo anterior, porque no existe razón alguna para que los excedentes de los recursos aportados por el originador de un proyecto de APP de iniciativa privada a un patrimonio autónomo, que tiene como finalidad la evaluación del proyecto en su etapa de factibilidad, no le sean retornados una vez se liquida y, por el contrario, sean consignados a orden del tesoro nacional.

La Universidad Externado de Colombia y la Cámara Colombiana de Infraestructura concuerdan con los actores. La primera entidad indicó que la única participación económica para la constitución del patrimonio autónomo es la del originador. Por lo tanto, no está justificada la consignación de los excedentes al tesoro nacional como un retorno de una inversión pública que no ha existido. Por su parte, la Cámara enfatizó que el apartado no supera un juicio de proporcionalidad pues ni siquiera es claro su propósito. Además, si bien es cierto que el originador asume el riesgo inherente a los costos de estructuración del proyecto, esto no incluye la falta de recuperación de recursos que no fueron utilizados para la revisión y/o evaluación del proyecto de APP.

Por su parte, el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Transporte y la Agencia Nacional de Infraestructura estiman que el aparte acusado se ajusta a la Constitución. Consideran que los originadores deben asumir por su propia cuenta y riesgo el costo estimado de la evaluación del proyecto. Además, el ordenamiento jurídico permite que los excedentes se transfieran al beneficiario, que en este caso es el tesoro nacional, como lo afirma la ANI. El Ministerio agrega que el cargo parte de un error, pues este negocio no es una fiducia mercantil, ya que el valor consignado por el originador se convierte en un recurso público en virtud de su destinación.

La Procuradora General de la Nación también solicitó a la Corte declarar la exequibilidad del aparte acusado porque no se obliga a los administrados a desprenderse de sus pertenencias sin justa causa.

Con fundamento en lo anterior, la Corte debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿el aparte acusado vulnera el derecho a la propiedad privada al disponer que los excedentes de la liquidación del patrimonio autónomo constituido por los originadores para la evaluación de los proyectos de APP de iniciativa privada no les sean devueltos sino consignados a orden del tesoro

nacional?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará los siguientes temas: (i) el derecho a la propiedad y la posibilidad de limitarlo de acuerdo con la Constitución; (ii) el concepto de enriquecimiento sin causa; (iii) las generalidades de los contratos por medio de los cuales se materializan los proyectos de APP; (iv) la obligación de constituir un patrimonio autónomo en la etapa precontractual de esos contratos para revisar y/o evaluar proyectos de APP de iniciativa privada. Finalmente, (v) la Corte resolverá el problema jurídico planteado.

El derecho a la propiedad: reiteración jurisprudencial

El derecho a la propiedad está previsto en el artículo 58 de la Constitución, que lo garantiza de conformidad con la ley. Sin embargo, establece límites por motivos de utilidad pública e interés social. Además, consagra su función social y ecológica, lo que implica obligaciones para los titulares de este derecho. Del mismo modo, consagra la figura de la expropiación por vía administrativa previa indemnización sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

Además, la noción de propiedad privada está prevista en el inciso primero del artículo 669 del Código Civil como "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno". Bajo ese entendido, este Tribunal ha desarrollado la noción del derecho a la propiedad privada como un derecho constitucional[21] subjetivo que tiene una persona sobre una cosa corporal o incorporal, cuyo núcleo esencial faculta al titular para usar, gozar, explotar y disponer de esta[22]. La **Sentencia C-410 de 2015**[23] estableció lo siguiente:

"(...) frente al concepto de propiedad privada, esta Corporación ha establecido que se trata de un derecho subjetivo que se tiene sobre una cosa corporal o incorporal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando se respeten sus inherentes funciones sociales y ecológicas, encaminadas al cumplimiento de deberes constitucionales estrechamente vinculados con la noción de Estado Social de Derecho, como son la protección al medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos, la promoción de la justicia y la equidad y el interés general prevalente".

En suma, el derecho a la propiedad está consagrado en la Constitución como un derecho subjetivo que el ordenamiento jurídico protege y garantiza, pero que también admite limitaciones en virtud de su función social, la utilidad pública y el interés social.

Limitaciones a la propiedad privada por parte del Estado

El derecho a la propiedad privada admite ciertas limitaciones previstas en los artículos 34 y 58 de la Constitución y su desarrollo le compete al Legislador. Las mencionadas restricciones pueden sustentarse en: (i) su función social, (ii) su función ecológica, (iii) los motivos de utilidad pública o interés social y (iv) la extinción de dominio ante la adquisición de bienes mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral.[24] Además, el artículo 34 prohíbe expresamente la pena de confiscación.

Todas las limitaciones a la propiedad privada han sido ampliamente estudiadas en reiteradas ocasiones por la Corte Constitucional[25]. Por ejemplo, la **Sentencia C-133 de 2009**[26] precisó respecto a la función social que caracteriza todo tipo de propiedad "sea privada o estatal; individual o colectiva".

Adicionalmente, esa decisión refirió a los motivos de utilidad pública o interés social y estableció que la Constitución exige que exista una ley previa que los defina. En ese sentido, no basta con alegarlos sino que deben ser precisados por el Legislador.

Bajo esas precisas circunstancias es posible aplicar algunas figuras que limitan la propiedad. Por ejemplo, la expropiación que exige motivación del Legislador, sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, en los casos que establezca la ley, la expropiación puede adelantarse por vía administrativa sujeta a posterior control contencioso administrativo.

La misma providencia también se refirió a la extinción de dominio (art. 34 superior) y la distinguió de la confiscación, figura proscrita por la Carta. Por un lado, la extinción de dominio es una "acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente, relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad y en virtud de la cual se extingue el dominio sobre los bienes adquiridos de manera ilícita"[27]. Por otra parte, la confiscación "es una pena, que afecta el patrimonio de la persona que ha sido condenada como responsable de un delito, pues implica la pérdida de sus bienes a favor del Estado. Así las cosas, la confiscación que la Constitución prohíbe es la apropiación oficial indebida, sin causa y procedimiento legal, por vía de simple aprehensión, del patrimonio de una persona".

Posteriormente, la **Sentencia C-459 de 2011**[28], precisó las diferencias entre confiscación, extinción de dominio y decomiso. La confiscación, explicada previamente, se diferencia de la extinción de dominio porque esta última es una figura que "permite al Estado mediante un proceso judicial que no es de carácter penal, rodeado de todas las garantías procesales, desvirtuar el derecho de propiedad de quien dice ostentarlo, debido a que nunca lo ha adquirido en razón del origen ilegítimo y espurio de su adquisición". El decomiso es "una sanción establecida por el legislador y que priva de la propiedad del bien a su titular sin indemnización alguna, por estar vinculado con la infracción objeto de sanción o ser el resultado de su comisión".

En ese sentido, las limitaciones al derecho a la propiedad en la Constitución parten de la prohibición de confiscación y tienen las siguientes características: (i) se deben interpretar de acuerdo con su función social y ecológica, (ii) están reservadas al Legislador, quien deberá motivarlas; (iii) se pueden materializar en distintas figuras como la expropiación por vía administrativa, la extinción de dominio o el decomiso, las cuales responden a distintas situaciones y objetivos y son desarrolladas por el Legislador.

El margen de configuración legislativa para fijar límites a la propiedad privada

La Corte ha interpretado que el margen de configuración legislativa, fundada en los artículos 114 y 150 superiores, sobre las limitaciones al derecho a la propiedad exige que se cumplan con los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Al respecto, la **Sentencia C-491 de 2002**[29] reconoció que: "[a]unque el ordenamiento constitucional exige que tales restricciones sean razonadas y proporcionales de modo que no afecten el núcleo esencial del derecho de propiedad, lo cierto es que, mientras tales limitantes sean respetadas, la Ley se encuentra habilitada por la Constitución para aplicarlas cuando ello resulte necesario para satisfacer los intereses sociales".

La **Sentencia C-1172 de 2004**[30] analizó la constitucionalidad del artículo 723 del Código Civil, según el cual "[s]i una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas, dentro de los diez años subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños". La Corporación estimó que el límite de diez años para que los antiguos dueños puedan reclamar como suyo el terreno que

estaba inundado se ajustaba a la Carta. Por lo tanto, aquellos predios que alcanzan los diez años inundados pasan a ser bienes de uso público. Lo relevante de esta providencia es que delimitó el contenido del derecho a la propiedad respecto a interferencias estatales:

"Ciertamente, el contenido esencial del derecho de propiedad, entendido como aquel mínimo subjetivo o espacio de libertad para que las personas puedan ejercer y disponer libremente de sus bienes dentro del marco jurídico, no puede ser interferido por el Estado so pretexto de regular su función social y ecológica, ya que ante todo se trata de un derecho que permite el desarrollo de un ámbito de libertad personal y en este sentido debe protegerse constitucionalmente. Por ello, las limitaciones que puedan imponerse al propietario por el legislador deben tener en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que exigen un balance equitativo entre los intereses individuales y los intereses de la sociedad".

Posteriormente, la Sala Plena precisó aún más el margen de configuración legislativa sobre el derecho a la propiedad privada en la **Sentencia C-791 de 2006**[31]. En aquella oportunidad, la Corte estudió la constitucionalidad de los artículos 474 del Código de Procedimiento Civil y 2336 del Código Civil por considerar que el derecho de compra que reconocían a los comuneros demandados era discriminatorio respecto a los comuneros demandantes. Sin embargo, la Corte estimó que la opción de compra inicial y preferencial que se confiere a los comuneros demandados sobre la cosa común no vulnera el derecho a la igualdad de los comuneros demandantes. Lo anterior, porque les permite a los primeros mantener la condición de comuneros y evitar que el bien común pase a manos de terceros. En cuanto al margen de configuración legislativa, recordó que, dicha potestad no es absoluta, debe ser razonable y proporcionada. Reiteró la **Sentencia C-782 de 2004**[32], la cual señaló que "al legislador le compete,...definir las características y modalidades de la propiedad, [...] y las "facultades, obligaciones, cargas y deberes que los propietarios y terceros pueden desarrollar y están, obligados a cumplir"[33] con respecto a los bienes que ostentan y al tipo de propiedad que poseen, en cada caso específico". Por lo tanto, "sólo las limitaciones desproporcionadas o irrazonables, o abiertamente contrarias a derechos fundamentales concretos, pueden ser consideradas reprochables, en vista del amplio margen de configuración del Congreso en materia económica y patrimonial"".

En un caso con algunas similitudes al examinado en esta oportunidad, la Sentencia C-119 de 2006[35] aplicó parámetros de razonabilidad y proporcionalidad al estudiar la constitucionalidad de algunas expresiones de los artículos 2º, 6º y 10 de la Ley 66 de 1993. En esa oportunidad, la Corte Constitucional analizó si la destinación del producto trimestral de los depósitos judiciales a favor de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional quebrantaba el derecho a la propiedad privada, la prohibición de confiscación y el principio de igualdad. Al respecto, la Sala consideró que la norma era constitucional por ajustarse a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad:

"ya que evidentemente se trata de un fin constitucionalmente legítimo, como es la administración de justicia, en beneficio de toda la comunidad, por ser ésta integralmente usuaria actual o potencial de sus servicios y en ella están comprendidos los depositantes, medida que el legislador puede adoptar válidamente en ejercicio de su libertad de configuración normativa consagrada en los Arts. 114 y 150 superiores, siempre y cuando respete los valores, principios y derechos constitucionales como ocurre en este caso".

De manera que el margen de configuración legislativo en lo referente a la limitación del derecho a la propiedad privada debe respetar los parámetros establecidos por la Constitución. De igual

forma, los límites establecidos por la ley deberán analizarse constitucionalmente a la luz de la finalidad que persiguen, junto con su razonabilidad y proporcionalidad.

En ese sentido, la Corte ha reconocido que el margen de configuración legislativo puede desarrollar criterios para el ejercicio del derecho a la propiedad. En todo caso, la ley debe concretar los supuestos de las limitaciones al dominio autorizadas por la norma superior. Sin embargo, esta Corporación también ha insistido en que el Legislador no podrá en ningún caso transgredir las prohibiciones establecidas por la Constitución en esta materia. Tampoco, establecer nuevas limitaciones a la propiedad que extralimiten aquellas establecidas por la Carta. Por ejemplo, la prohibición de confiscación del artículo 34 superior no puede ser desconocida por el Legislador en el ejercicio de sus funciones.

En conclusión, el margen de configuración legislativa en materia de propiedad privada no es absoluto. Por el contrario, está circunscrito a los mandatos que tiene el Estado para establecer limitaciones al derecho a la propiedad, entre los que se encuentra la obligación de motivar la afectación a tal derecho. Por lo tanto, todo límite o restricción a la propiedad privada debe estar motivado por una finalidad específica que se relacione con la utilidad pública, el interés o sus funciones social y ecológica. En este sentido, imponer una afectación al derecho a la propiedad sin cumplir estos requisitos implica una extralimitación del margen de configuración legislativo que habrá de ser analizada a la luz del principio de proporcionalidad.

El enriquecimiento sin justa causa

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre situaciones que limitan la propiedad de manera ilegítima en algunos escenarios precisos de interacción entre el Estado y los particulares. En este caso, la figura más representativa es el enriquecimiento sin justa causa. La Sentencia C-278 de 2014[36] se refirió a sus orígenes en la legislación civil, para enfatizar que se trata de un concepto con relevancia constitucional para analizar las eventuales limitaciones del derecho a la propiedad. En efecto, en sede de control abstracto, pretende enfrentar normas que soslayen la justicia como fundamento de las relaciones jurídicas. De tal suerte, el enriquecimiento sin justa causa es una figura que tiene como objetivo analizar las normas desde el imperativo superior de proveer soluciones justas en los eventos en que la legislación permita desequilibrios patrimoniales injustificados e inaceptables desde el punto de vista constitucional. Al respecto, esa sentencia manifestó:

"[e]n la legislación civil, el enriquecimiento sin causa es un principio general de derecho que tiene las siguientes características: (i) requiere que una de las partes se enriquezca, es decir que obtenga provecho de cualquier circunstancia y que dicha ventaja se aprecie en dinero; (ii) correlativamente al enriquecimiento de una de las partes, es necesario que exista un empobrecimiento de la otra consistente en una pérdida material; (iii) debe existir una relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; (iv) el enriquecimiento no tiene ningún fundamento legal ni contractual, como se desprende del nombre de esta figura, no tiene causa en la ley; (v) el Consejo de Estado, ha señalado que, igualmente, se requiere que el empobrecimiento no haya sido causado por quien lo alega".

El Consejo de Estado también se ha pronunciado en múltiples ocasiones respecto al enriquecimiento sin justa causa. En particular, la sentencia del 8 de junio de 2017, Rad. 41233[37] se refirió a los elementos que configurarían esta situación en los siguientes términos:

"(i) la existencia de un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja o

beneficio patrimonial ?ventaja positiva? o, que su patrimonio no haya sufrido detrimento alguno ?ventaja negativa?; (ii) el empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido se haya traducido consecuentemente en una mengua patrimonial para el empobrecido; y (iii) la ausencia de causa jurídica, que justifique el empobrecimiento sufrido por el afectado como consecuencia del enriquecimiento del beneficiado, es decir, que sea injusto."

En materia de contratación pública, el precitado fallo reiteró la ocurrencia de enriquecimiento sin causa en las siguientes circunstancias:

Cuando se acredite en el proceso que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su autoridad constriñó o impuso a un particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

Cuando sea urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud. En este caso, la urgencia y la necesidad deben ser objetivas y manifiestas como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas y de celebración de los correspondientes contratos.

Cuando la administración debió declarar una situación de urgencia manifiesta, pero lo omitió y solicita la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito, en los casos en que esta exigencia imperativa del Legislador no esté exceptuada conforme a lo dispuesto en el artículo 41, inciso 4º, de la Ley 80 de 1993.

En este sentido, el enriquecimiento sin justa causa al que se ha referido el Consejo de Estado contempla especificidades que no ha abordado la perspectiva civil. En concreto, se ha enfocado en actuaciones estatales en las que usualmente existe un contrato estatal. Sin embargo, incluso si no existe tal convención, ese Tribunal ha reconocido la aplicación del enriquecimiento sin causa ante "una convención informal que genere un estado de confianza legítima en el particular, lo que se concreta en la expectativa de un futuro contrato debidamente celebrado"[38].

En síntesis, el derecho a la propiedad privada es una garantía constitucional consagrada en los artículos 34 y 58 superiores. La jurisprudencia constitucional ha precisado el alcance de sus posibles limitaciones con base en las funciones social y ecológica de la propiedad. También, tales restricciones deben responder a motivos de utilidad pública o interés social. Por esa razón, la Carta no protege la propiedad sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito o en detrimento del tesoro público. En la relación entre ciudadanos y el Estado, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han empleado la figura de enriquecimiento sin causa para resolver casos en los que se produce el detrimento patrimonial de una parte a expensas del incremento correlativo de la otra, sin justificación jurídica alguna. En sede de control abstracto, la jurisprudencia constitucional ha entendido que este concepto es relevante y se funda en un principio básico de justicia que guía el ordenamiento superior (art. 2 de la Constitución).

Las asociaciones público privadas y sus generalidades

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 1508 de 2012[39], "[l]as Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados (...)". Esa normativa circunscribe su ámbito de aplicación a contratos cuyo monto de inversión sea superior a 6000 SMMLV (artículo 3º,

parágrafo 1º) y "en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado 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 3º). Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de este tipo de contratos se regirán por las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012 (artículo 3º).

La Sentencia C-346 de 2017[40] se refirió a los objetivos de esta figura y resaltó que el Legislador pretendió contar con recursos privados para desarrollar infraestructura a través de una relación contractual que:

"(i) evitara que se generara un impacto a la deuda pública; (ii) transfiriera los riesgos de forma eficiente, y de ese modo posibilitara el ahorro de recursos públicos a largo plazo; (iii) respondiera a las necesidades de orden nacional y territorial, de contar con financiación alternativa para la construcción, modernización, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como de la prestación de servicios complementarios; (iv) contribuyera al desarrollo del mercado de capitales colombiano; y (v) dinamizara los procesos de innovación, tanto en la construcción, como en la operación y mantenimiento de la infraestructura y sus servicios relacionados".

La Ley 1508 de 2012 contempla dos grandes tipos de APP según quien tenga la iniciativa del proyecto. Por un lado, existen proyectos de APP de iniciativa pública, en los que una entidad pública invita a terceros a participar en el proceso de selección después de publicar su propuesta[41].

Por otra parte, la ley también contempla los proyectos de APP de iniciativa privada, en los que un originador privado estructura una propuesta para que el Estado evalúe si es viable o no[42].

A su vez, los proyectos APP de iniciativa privada se clasifican entre aquellos que requieren desembolso de recursos públicos y aquellos que no. En algunas ocasiones se requieren recursos públicos[43]. Es importante anotar que en estos casos la participación del Estado sólo se presenta en la etapa contractual.

Los proyectos de APP de iniciativa privada, ya sea que requieran desembolso de recursos públicos o no, tienen diferentes etapas que pueden presentarse de manera general así:

La fase que ocupa la atención de la Corte en esta oportunidad es la precontractual de estructuración en la etapa de factibilidad a la que se refiere el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012.

Es importante anotar que el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 regula la estructuración de proyectos por parte de agentes privados, quienes asumen, por su propia cuenta y riesgo, la totalidad de los costos. A su vez, el proceso de estructuración está dividido en dos etapas: prefactibilidad y factibilidad.

En la primera[45], el originador "deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación".

Después de la presentación del proyecto en etapa de prefactibilidad, el artículo 15 de la misma ley le otorga a la entidad estatal competente un plazo máximo de tres meses para dar un concepto favorable o rechazar la propuesta. En caso de ser favorable, el originador podrá presentar su iniciativa para la etapa de factibilidad.

En la fase de factibilidad[47], la iniciativa debe incluir

"el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto"[48].

Una vez presentada la iniciativa en la fase de factibilidad, **la entidad dispone de un plazo máximo de seis meses para evaluar la propuesta. Tal estudio podrá ser realizado directamente por la entidad o a través de terceros**. Si la entidad considera viable el proyecto, "así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato"[49]. De lo contrario, la entidad rechazará la propuesta.

En caso de que la entidad considere viable el proyecto y se produzca un acuerdo con el originador, la Ley 1508 de 2012 hace una distinción entre las iniciativas que requieren desembolso de recursos públicos y las que no. Si el proyecto es viable y requiere recursos públicos, el artículo 17 contempla la apertura de una licitación para escoger al contratista encargado de la ejecución. En este escenario, el originador tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial. Si el proyecto es viable y se logra un acuerdo con el originador, pero no requiere recursos públicos, el artículo 19 señala que la entidad publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato en el SECOP por un término entre uno y seis meses. Durante este término podrán presentarse terceros interesados en ser contratistas del proyecto. Si no se presenta ninguno, se podrá contratar al originador de manera directa. Sin embargo, si un tercero manifiesta su interés en participar en la ejecución, el artículo 20 prevé la apertura de un proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los demás oferentes. En cualquiera de los dos casos (con desembolso o no de recursos públicos), si el originador no es seleccionado para la ejecución de su proyecto, el adjudicatario deberá consignarle el valor que la entidad haya aceptado como costo de los estudios de estructuración (inciso 3º del artículo 17[50] e inciso 4º del artículo 20 de la Ley 1508 de 2012).

La evaluación del proyecto de APP de iniciativa privada en la etapa precontractual de factibilidad y la constitución de un patrimonio autónomo para administrar sus costos

Como se mencionó previamente, el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 contempla que la evaluación de la propuesta en la etapa de factibilidad puede ser realizada directamente por la entidad estatal competente o a través de terceros.[51] Si la entidad requiere el apoyo de terceros para la evaluación, el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, modificado por la Ley 1882 de 2018, señala que "[l]a elaboración de estudios, **la evaluación de proyectos de iniciativa privada** y las interventorías de los contratos, se podrán contratar mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía según su valor" (negrilla no original).

Es precisamente en este punto en el que opera la norma parcialmente demandada, que establece

la constitución de un patrimonio autónomo por parte del originador de la iniciativa privada de APP con la finalidad de que los gastos de evaluación sean cubiertos con estos recursos. La disposición no hace distinción si la evaluación la adelanta la entidad o no. Este requisito implica la celebración de un contrato de fiducia entre el originador y una sociedad fiduciaria. Aquel debe establecer, por mandato expreso de la ley, que la beneficiaria sea la entidad estatal encargada de la revisión y evaluación del proceso, con independencia de si lo hace directamente o con apoyo de terceros. Además, la expresión censurada contempla que los excedentes del patrimonio autónomo liquidado después de realizar la evaluación del proyecto, sean consignados al tesoro nacional.

Aunque existen distintas formas de constituir un patrimonio autónomo, de acuerdo con la normativa vigente y con los análisis que hace la Contraloría General de la República al ejercer el control sobre los recursos públicos[53], existen tres modalidades de negocios fiduciarios empleados por las entidades públicas para administrar recursos: (i) el encargo fiduciario público, (ii) la fiducia pública y (iii) la fiducia mercantil. A continuación, se exponen las características de estos tres negocios fiduciarios con participación pública:

Tipo de fiducia	Participación de la entidad pública	Destinación de recursos
Encargo fiduciario público	La entidad o fondo público entrega recursos públicos a título de mera tenencia a la entidad fiduciaria.	Los recursos son administrados por la entidad fiduciaria para obtener beneficios o ventajas financieras y/o el pago oportuno de lo adeudado por la entidad pública[54].
Fiducia pública	La entidad pública actúa como fideicomitente y entrega recursos públicos a título de mera tenencia a la entidad fiduciaria para su ejecución.	La celebración de un contrato de fiducia pública "nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial" (art. 32, núm. 5, inc. 7 de la Ley 80 de 1993).
Fiducia mercantil	Excepcionalmente, las entidades públicas pueden constituir un patrimonio autónomo a través de la fiducia mercantil. Cabe aclarar que, bajo este esquema contractual, no está prohibido que la entidad pública sea designada voluntariamente como beneficiaria por parte de un fideicomitente.	En este caso excepcional, los recursos públicos son transferidos a un patrimonio autónomo. En consecuencia, la entidad fiduciaria se encargará de administrarlos para cumplir con la finalidad establecida en el contrato. Por ejemplo, para el desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones, y pago de pasivos laborales (Ley 80 de 1993, art. 41, par. 2º, inc. 2º).

En este caso, la norma parcialmente acusada no se refiere a un encargo fiduciario ni tampoco a una fiducia pública porque la entidad estatal no actúa como fideicomitente. Además, en el contrato de fiducia pública no se constituye un patrimonio autónomo porque no se permite la transferencia de dominio de los bienes públicos en el mandato que se otorga[55]. Por el

contrario, en la norma bajo examen el fideicomitente es el originador del proyecto de APP y, por ende, es el que aporta la totalidad del costo estimado de evaluación al patrimonio autónomo en cumplimiento de una previsión legal. Por lo tanto, el contrato aplicable en la disposición parcialmente acusada correspondería a una fiducia mercantil.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 1226 del Código de Comercio define el contrato de fiducia mercantil como:

"un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios".

Además, según el artículo 1233 del mismo estatuto, "[p]ara todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo". A partir de este fundamento normativo, la Corte Suprema de Justicia, señaló que:

"el negocio de fiducia mercantil, una vez perfeccionado por quienes concurren a su formación, comporta las siguientes situaciones: i) el contrato, en esencia, a instancia de quien realiza el encargo, traslada al fiduciario el cumplimiento de un preciso objetivo y, para ello, transmite la propiedad de uno o varios bienes; ii) por esa razón, una vez realizada la traslación del dominio, surgen dos patrimonios. El propio de la sociedad fiduciaria y el que nace como consecuencia del fideicomiso, conformado, itérase, por los bienes que el fiduciante radica en cabeza de la fiduciaria; iii) por disposición legal, la fiduciaria no puede confundir los dos patrimonios, uno y otro deben permanecer separados (art. 1233 C. de Co.); los bienes fideicomitidos conforman lo que la ley llama un 'patrimonio autónomo' y, por ende, esa masa de activos y pasivos, resulta ser independiente de la universalidad que conforman los de la empresa profesional de fiducia; y, iv) a partir del perfeccionamiento de la convención y la formación de esa heredad, la sociedad fiduciaria, asume la representación o vocería de la misma"[56].

A partir de este esquema contractual, las partes adquieren diferentes derechos y obligaciones. Según el artículo 1234 del Código de Comercio, el fiduciario o sociedad fiduciaria debe "[t]ransferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario". Por su parte, el artículo 1236 del mismo Código, señala que el fiduciante o fideicomitente (en este caso, el originador), tiene derecho a "obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, **si cosa distinta no se hubiere previsto en el acto de su constitución**" (negrillas fuera del texto original). Además, de acuerdo con el artículo 1242, "[s]alvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de éste por cualquier causa, los bienes fideicomitidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos".

En el asunto bajo estudio, es importante anotar que se trata de una disposición que reformó el artículo 19 de la Ley 1882 de 2018. Esta norma preveía un cálculo de costo de evaluación de cada proyecto de iniciativa privada, y dispuso que los originadores "asumirán por su propia

cuenta y riesgo, la totalidad de los costos de la estructuración, incluyendo el costo para su revisión y/o evaluación en las etapas de prefactibilidad y factibilidad, según corresponda." En ese sentido determinó que la administración y manejo de los recursos destinados a ese objetivo "será a través de un patrimonio autónomo que constituirá el originador. Los costos que genere su administración deberán ser cubiertos por los originadores de asociaciones público privadas de iniciativa privada y podrán financiarse con cargo a los rendimientos de los recursos aportados."

Sin embargo, esta norma no previó una regla específica sobre la destinación de los eventuales excedentes de la liquidación del patrimonio autónomo una vez terminada la evaluación del proyecto.

Posteriormente, la Ley 1955 de 2019, correspondiente al Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2018-2022, modificó el artículo 19 de la Ley 1882 de 2018 en varios aspectos, el relevante para este caso es el establecimiento de la destinación forzosa de los excedentes del patrimonio autónomo a orden del tesoro nacional.

En suma, los proyectos de APP de iniciativa privada, ya sea que cuenten con participación de recursos públicos o no, deben ser revisados y/o evaluados por la entidad estatal correspondiente (que puede apoyarse en terceros) en la etapa de factibilidad. Aquella es parte de la fase precontractual de estructuración. Para tal efecto, la ley ordena al originador que constituya un patrimonio autónomo en el que el beneficiario sea la entidad estatal. Por sus características, este patrimonio se puede establecer por medio de un contrato de fiducia mercantil. Una vez evaluado el proyecto, el patrimonio autónomo deberá ser liquidado y los excedentes, si los hubiere, serán consignados a orden del tesoro nacional.

Análisis de constitucionalidad de la expresión "y sus excedentes si los hubiere serán consignados a orden del tesoro nacional" contenida en el último inciso del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019

Los demandantes consideran que el fragmento acusado desconoce el derecho a la propiedad (art. 58 superior) porque no hay justificación para que los excedentes de los recursos aportados por el originador de un proyecto de APP de iniciativa privada a un patrimonio autónomo, que tiene como finalidad la evaluación del proyecto en su etapa de factibilidad, no le sean retornados una vez se liquida y, por el contrario, sean consignados a orden del tesoro nacional.

Los intervinientes que apoyan la demanda lo hacen bajo el entendido de que el patrimonio autónomo es constituido en su totalidad por el originador. Por lo tanto, no podría afirmarse que la consignación de los excedentes al tesoro nacional es un retorno de una inversión pública, pues esta no ha existido. Además, el apartado no supera un juicio de proporcionalidad pues ni siquiera es claro su propósito. En ese sentido, aunque el originador asume el riesgo inherente a los costos de estructuración del proyecto, este no incluye la no recuperación de recursos que no fueron utilizados para la revisión y/o evaluación del proyecto de APP.

Quienes defienden la declaratoria de exequibilidad de la norma, entre ellos el Ministerio Público, consideran que los originadores deben asumir por su propia cuenta y riesgo el costo estimado de la evaluación del proyecto. Además, el contrato de fiducia permite que los excedentes se transfieran al beneficiario, que en este caso es el tesoro nacional. Con todo, tienen posiciones distintas sobre la naturaleza del contrato que da lugar al patrimonio autónomo. Incluso, una de las intervenciones esgrime que el valor consignado por el originador se convierte en un recurso público en virtud de su destinación. En suma, consideran que no se obliga a los administrados a

desprenderse de sus pertenencias sin justa causa porque, además de las razones anteriores, los dineros que conforman el patrimonio autónomo ya no son de propiedad del originador.

La expresión "y sus excedentes si los hubiere serán consignados a orden del tesoro nacional" contenida en el último inciso del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, viola el derecho a la propiedad

El fragmento acusado es parte de la norma que reformó el artículo 19 de la Ley 1882 de 2018 sobre la evaluación de los proyectos de APP de iniciativa privada. La interpretación del apartado se enmarca en distintas proposiciones normativas que regulan diferentes aspectos sobre el tema y que hacen parte de la misma disposición. Con todo, la comprensión gramatical y completa del precepto permiten afirmar que la financiación de la revisión y/o evaluación de los proyectos de APP de iniciativa privada corresponde exclusivamente al originador. Una hermenéutica distinta desconocería los criterios literal y sistemático. Efectivamente, la disposición establece que los originadores de estos proyectos asumirán por su propia cuenta y riesgo, el costo estimado de su revisión y/o evaluación en la etapa de factibilidad. Como se explicó previamente, se trata de un momento precontractual, pues aún no existe un contrato con el Estado para el desarrollo del proyecto.

Además, por el tipo de proyecto de APP, en esta etapa solamente hay compromiso de recursos del originador del proyecto que es un ente privado[57] que concurre ante el Estado de buena fe para dar curso a esta etapa precontractual y, eventualmente, ser parte de un contrato con el Estado. En ese orden de ideas, cuando la norma se refiere al riesgo que asume el originador, se trata del inherente al costo estimado de la revisión y/o evaluación del proyecto, por lo que no incluiría la no recuperación de recursos que no fueron utilizados para ese preciso fin. Podría afirmarse que la no recuperación de estos recursos sí corresponden a una carga económica razonable que asume el originador porque el valor a pagar por la evaluación se encuentra establecido en la ley. Sin embargo, se trata de recursos que no fueron requeridos para el objetivo y, como se verá posteriormente, no fueron establecidos, de manera expresa y justificada como un pago anticipado de valor fijo, ni como una retribución por servicios estatales prestados.

En efecto, de acuerdo con el diseño de la figura y por tratarse de una etapa precontractual, el originador ya ha asumido el riesgo de estructurar el proyecto, proponerlo, someterlo a evaluación y no ser seleccionado. Por tal razón, no parece haber otros riesgos constitucionalmente justificables que deba asumir en esta fase. De esa manera, los proyectos de APP de iniciativa privada permiten, como lo afirmó el DNP, realizar las evaluaciones con el dinero de los propios originadores, que lo aportan de buena fe para ese preciso fin.

La norma también precisa que, una vez finalizada la etapa de prefactibilidad y si la entidad manifiesta que el proyecto es de su interés, el originador debe aportar ciertos montos para la evaluación según el presupuesto estimado de inversión, calculado en precios constantes. Ellos oscilan entre 500 SMLMV, si el presupuesto estimado de inversión es inferior a 400.000 SMLMV o el equivalente al 0,1% de ese presupuesto si es igual o superior a 400.000 SMLMV.

El precepto dispone que el originador deberá constituir un patrimonio autónomo para la administración y manejo de esos recursos. También deberá cubrir los costos de administración del mismo. Por lo tanto, reitera los objetivos de la naturaleza de los proyectos de APP de iniciativa privada referidos a: i) evitar comprometer recursos del Estado innecesariamente; y, ii) alinear incentivos entre el sector público y el sector privado para desalentar iniciativas con estudios deficientes, como lo expuso el DNP. Por lo tanto, del texto del artículo 19 de la Ley

1882 de 2018, reformado por la norma parcialmente acusada, no es posible afirmar que el Estado concurra con algún aporte a este patrimonio.

En este contrato de fiducia el fideicomitente es el originador, pero la ley ordena que el beneficiario sea la entidad estatal encargada de la revisión y/o evaluación del proyecto. Por lo mismo, ella autorizará la celebración de los contratos requeridos para el efecto (si es del caso) y los pagos a que hubiere lugar por tal concepto. En tal sentido, la finalidad de constituir el patrimonio autónomo es la revisión y/o evaluación del proyecto que se quiere proponer.

En ese sentido, esos recursos se utilizan para la evaluación del proyecto y por eso una interpretación genérica, como la que expuso la ANI, que concluye que la entidad "deberá pagarle" al originador el valor en que incurrió por costos de evaluación no es acertada, pues se refiere al inciso 4º del parágrafo 4º del artículo 5 de la Ley 1508[58] que se aplica cuando el originador no es seleccionado y el adjudicatario debe pagar los costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto, etapa que es más amplia y comprende muchos más elementos que los incluidos en la norma bajo examen, pues al momento de liquidar el patrimonio autónomo, no es claro aún si el originador será o no seleccionado.

En este punto es importante distinguir momentos y acervos de documentos distintos dentro de los proyectos de APP: (i) la estructuración del proyecto se divide en prefactibilidad y factibilidad, en esta última se debe hacer la evaluación del proyecto necesaria para que la entidad pública considere la iniciativa viable (aspecto al que se refiere el fragmento acusado); (ii) la opción que puede tomar la entidad pública de adquirir los insumos o estudios útiles para los propósitos de la función pública cuando la iniciativa es rechazada (art. 16 Ley 1508 de 2012) y (iii) el caso de iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos después del acuerdo entre el originador y la entidad (artículo 17 de la Ley 1508 de 2012)[59]. Claramente esta norma se refiere a una etapa precontractual por lo que el escenario (iii) es inaplicable. Por otra parte, aunque los escenarios (i) y (ii) se refieren a la fase precontractual, el segundo versa sobre los estudios, documentos distintos al proyecto que debe ser evaluado en la norma bajo examen. Además, se refiere a un momento posterior a la evaluación que corresponde a lo que ocurre cuando la iniciativa es rechazada.

De otro lado, del texto normativo no es posible derivar, como lo afirmó el Ministerio de Transporte, que el objetivo del patrimonio autónomo no es sólo pagar la evaluación, sino cubrir necesidades de infraestructura y por eso los excedentes del patrimonio autónomo deben ser consignados a orden del tesoro nacional. La destinación atribuida por el interviniente no se sigue de la disposición parcialmente acusada o de otras normas en la materia. De hecho, esta tesis asimila de manera equívoca la finalidad del patrimonio autónomo constituido en la etapa precontractual de factibilidad para evaluar un proyecto de APP de iniciativa privada (costear los gastos de la evaluación de un proyecto) con el objetivo general de las APP. En efecto, este busca el desarrollo de infraestructura por medio de una relación contractual que, además de la participación activa del Estado, contará con financiación del sector privado. Ante la ausencia de elementos normativos para establecer la finalidad de que los excedentes sean consignados a orden del tesoro nacional, para la Corte es claro que el interviniente atribuye a una etapa –entendida como parte–, los objetivos de la figura –entendida como un todo–, con lo que incurre en la falacia de división.

La disposición parcialmente acusada, que corresponde a la evaluación, se ocupa de asegurar la disponibilidad oportuna de los recursos. También, prevé que el costo estimado de la evaluación del proyecto deberá girarse por parte del originador al patrimonio autónomo en el plazo

establecido por la entidad al momento de pronunciarse sobre el mismo una vez finalizada la etapa de prefactibilidad. Si ello no ocurriera, la entidad estatal no adelantará la evaluación.

Cuando la evaluación termina, se entiende cumplido el fin por el cual se constituyó el patrimonio autónomo, por lo tanto, deberá ser liquidado y sus excedentes si los hubiere serán consignados a orden del tesoro nacional. Vale la pena precisar que, para este momento, aún no es claro quién es el adjudicatario, pues deberán surtirse otras etapas para determinarlo.

Como es sabido, un patrimonio autónomo se constituye por medio de un contrato de fiducia. En este caso el fiduciante es el originador, el beneficiario es la entidad estatal correspondiente y el fin del patrimonio es cubrir los gastos de la evaluación del proyecto. El monto fijado también contempla los gastos de administración de los recursos. Además, es parte sustancial de este contrato la distinción entre el patrimonio autónomo y el de las partes.

Sin embargo, las intervenciones mostraron distintas comprensiones del carácter autónomo del patrimonio a fin de atribuir interpretaciones diversas sobre la constitucionalidad del aparte acusado. Todos los intervinientes concordaron en que la fiducia supone una transferencia del derecho de dominio de los bienes fideicomitidos por parte del fideicomitente al fiduciario. Para los defensores de la constitucionalidad del apartado, entre ellos la Procuraduría, los recursos que el originador aporta al patrimonio autónomo ya no son de su propiedad, pues este es independiente de sus bienes. Por lo tanto, no puede tener la expectativa de que le sean retornados. Por otra parte, quienes abogan por la declaratoria de inexequibilidad, consideran que el carácter autónomo del patrimonio no explica la apropiación de los excedentes por parte del Estado. Especialmente, por la naturaleza del contrato de fiducia, los recursos del patrimonio autónomo liquidado no necesariamente deben ser de propiedad del beneficiario, en este caso del Estado. En efecto, el contrato de fiducia admite distintos pactos y cláusulas sobre el tema, no siempre el beneficiario debe recibir los excedentes. En general, eso dependerá del acuerdo de voluntades al respecto e incluso de la regulación que puede hacer el legislador en la materia.

En este punto, surge el interrogante sobre el tipo de fiducia que se constituye para evaluar proyectos de APP de iniciativa privada. Del mismo dependería la posibilidad de entender el diseño de sus cláusulas y, si es constitucionalmente admisible que el Estado imponga una obligación, por vía legal, para que los excedentes del patrimonio autónomo siempre sean consignados a orden del tesoro nacional. Este asunto involucra, a su vez, la necesidad de determinar la naturaleza de los recursos del patrimonio autónomo sólo para efectos de determinar la titularidad de los mismos, que es un aspecto que debe analizar la Corte en este caso.

Las intervenciones que apoyaron la declaratoria de exequibilidad de la norma exhibieron posturas contradictorias sobre el tipo de fiducia. Para el DNP, se trata de una fiducia mercantil, contrario a lo afirmado por el Ministerio de Transporte y por la ANI. De hecho, el Ministerio fue enfático en afirmar que se trata de recursos privados que se convierten en públicos al entrar al patrimonio autónomo debido a su destinación.

Para la Corte, es claro que se trata de un contrato de fiducia mercantil, ya que la naturaleza de los recursos que hacen parte del patrimonio autónomo, aportados en su totalidad por el originador como persona privada, no se convierten en recursos públicos (que obviamente son de propiedad del Estado), sólo porque este sea el beneficiario. Tal situación se explica no sólo por la forma en la que el ordenamiento ha entendido las clases de fiducia, sino por las particularidades de los proyectos de APP de iniciativa privada.

Como fue explicado previamente, existen distintos tipos de fiducia: la pública, el encargo fiduciario y la fiducia mercantil. Las dos primeras son tipos especiales de fiducia porque involucran recursos del Estado y por eso la comprensión de patrimonio autónomo en esa clase de negocios también es específica. Cabe recordar, por ejemplo, que en el contrato de fiducia pública no se constituye un patrimonio autónomo porque no se permite la transferencia de dominio de los bienes públicos en el mandato que se otorga.

La norma bajo examen no prevé la participación con aportes en dinero del Estado, pues el fideicomitente es el originador que, de buena fe y según lo determine la entidad, aporta el costo estimado de evaluación al patrimonio autónomo en cumplimiento de una previsión legal. Además, la Procuraduría y los intervinientes que defienden la validez del fragmento acusado aceptaron de manera unánime que se constituye un patrimonio autónomo, a diferencia de lo que ocurre en estos tipos especiales de fiducia.

Para abundar en razones sobre el carácter mercantil de la fiducia a través de la cual se constituye el patrimonio autónomo para evaluar proyectos de APP de iniciativa privada, es importante recordar los elementos y reglas que establece el Código de Comercio sobre el contrato de fiducia mercantil. Cabe aclarar que no se trata de tomar normas de rango legal como parámetro de control de constitucionalidad. El objetivo, circunscrito al problema jurídico planteado en este caso concreto relativo al derecho a la propiedad, es reconstruir el funcionamiento de este contrato para entender su carácter y la naturaleza de sus recursos, elementos que son relevantes para interpretar el aparte acusado y establecer si vulnera el derecho a la propiedad de los particulares. Los aspectos a destacar son los siguientes:

Sus partes son el fiduciante o fideicomitente, el fiduciario y el beneficiario o fideicomisario.

Consiste en la transferencia por parte del fiduciante de uno o más bienes especificados al fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir un fin determinado por el constituyente, en su provecho o el de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.

el fiduciario debe transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario.

El fiduciante o fideicomitente (en este caso, el originador), tiene derecho a obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, a menos que se haya previsto algo distinto en el acto de su constitución. Por lo que es posible que los bienes del patrimonio autónomo al momento de su liquidación sean transferidos al beneficiario y no al fideicomitente.

Sobre el último punto, el fragmento acusado impone la obligación de transferir los excedentes del patrimonio autónomo al tesoro nacional, por lo que prohíbe un pacto distinto. Como se observa, las características de la fiducia mercantil concuerdan con las que se describen en la norma acusada, y la sola participación de una entidad del Estado como beneficiaria, no transforma automáticamente la naturaleza de la fiducia. Por otra parte, la norma sí transforma la naturaleza de los recursos de patrimonio autónomo –en particular de los excedentes- no desde el momento en que se constituye, sino al momento de la liquidación, pues dejan de ser dineros privados, para ser del tesoro nacional, indicio que refuerza que, en sus orígenes, no eran recursos públicos por su destinación.

Por lo tanto, no es posible concluir que los recursos que son parte del patrimonio autónomo constituido para evaluar proyectos de APP de iniciativa privada sean recursos públicos, desde el momento en que este se constituye. Aquellos son recursos exclusivamente privados aportados por el originador y no hay razón normativa que permita concluir que al entrar al patrimonio autónomo pueden cambiar su naturaleza. Por el contrario, todas las características del contrato de fiducia mercantil, salvo el destino de los excedentes ahora acusado, concuerdan con las que se requieren para constituir el patrimonio autónomo destinado a la revisión y/o evaluación de proyectos de APP en la etapa de factibilidad. En suma, se trata de una fiducia mercantil.

Esta conclusión se refuerza si se recuerdan las especificidades de este tipo de proyectos y de su trámite precontractual. Como fue descrito previamente, la lógica subyacente a los contratos para la materialización de proyectos de APP se fundamenta, entre otros objetivos, en evitar el impacto a la deuda pública y transferir los riesgos entre agentes privados y el Estado de forma eficiente. De esta manera, posibilita el ahorro de recursos públicos a largo plazo. Además, en los proyectos de APP de iniciativa privada, el originador estructura una propuesta para que el Estado evalúe si es viable o no.

El proceso de estructuración está dividido en la etapa de prefactibilidad en la que el originador señala la descripción del proyecto, 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. La entidad estatal tendrá un máximo de tres meses para dar un concepto favorable o rechazar la propuesta. En caso de ser favorable, el originador podrá presentar su iniciativa para la etapa de factibilidad.

En la etapa de factibilidad debe incluir el modelo financiero detallado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto. Una vez presentada la iniciativa en la fase de factibilidad, la entidad dispone de un plazo máximo de seis meses para evaluar la propuesta directamente o a través de terceros.

Una interpretación razonable de los preceptos sobre los proyectos de APP de iniciativa privada lleva a concluir que el diseño normativo de la figura no pretende convertir recursos privados en públicos y, menos aún, hacerlos parte del patrimonio estatal. Efectivamente, los objetivos del patrimonio autónomo son mucho más precisos y circunscritos a la etapa precontractual en la que, de hecho, también opera la transferencia de riesgos. Por tal razón, el originador es quien aporta el valor de los costos de la evaluación, de tal manera que no se comprometen los escasos recursos públicos.

Estas finalidades también deben ser entendidas en el marco de la etapa precontractual. En efecto, la evaluación de estos proyectos se lleva cabo en la etapa de factibilidad, que corresponde a un momento precontractual en el que el originador ya usó sus recursos para estructurar un proyecto que ha superado la etapa de prefactibilidad y que debe ser evaluado. Para continuar, la ley le exige que constituya un patrimonio autónomo conformado por los recursos necesarios para cubrir esos gastos. El cumplimiento de esa obligación no convierte los recursos en públicos de manera automática. Claramente el Estado es el beneficiario de ese patrimonio y por lo tanto es quien autoriza la celebración de los contratos requeridos para el efecto, así como los pagos a que hubiere lugar en desarrollo de los mismos, pero eso no implica que se trate de recursos del

Estado. Ser el beneficiario y cumplir la única finalidad de pagar los costos de la evaluación, no es una razón suficiente que permita mutar la titularidad sobre los recursos, máxime si se entiende que, en ese tipo de proyectos, el objetivo es reducir el riesgo para el Estado. Si se tomaran como recursos públicos, su manejo podría tener otro tipo de exigencias y, en últimas, estas fases precontractuales sí comprometerían los recursos públicos, en contra de la propia naturaleza de los proyectos de APP. Por lo tanto, es una interpretación contraintuitiva, que no tiene soporte normativo.

Ya que se trata de una fiducia mercantil en la que los recursos no cambian su naturaleza, ahora es necesario establecer si la obligación que impone el fragmento de transferir los excedentes del patrimonio autónomo al tesoro nacional se ajusta o no al artículo 58 de la Constitución.

El DNP adujo que, al fijarse una estimación del costo de evaluación, los originadores no pueden reclamar excedentes si el costo fue menor, así como tampoco se les puede exigir un pago adicional si el costo fue mayor. De las normas sobre la materia no deriva la posibilidad de tal hipótesis, en efecto, el patrimonio autónomo debe cubrir los costos de la revisión y/o evaluación del proyecto de APP de iniciativa privada. De hecho, si no se constituye el patrimonio autónomo dentro del plazo estipulado, la entidad no adelantará la respectiva evaluación y si los gastos son mayores y no permitieron terminar los estudios de prefactibilidad, sencillamente no habrá propuesta de proyecto para el Estado y la fiducia se encuentra imposibilitada para cumplir su objetivo. Además, los rangos de valor son sólo dos, por lo que es remoto un error de esa magnitud. Por tanto, es improbable, por no decir imposible, que la entidad asuma los costos de la evaluación sin tener los recursos para hacerlo. Vale la pena recordar que, como beneficiaria del patrimonio autónomo, ella autoriza la celebración de contratos y los pagos para ese efecto, aspectos para los cuales cuenta con estos recursos que son limitados.

Si se aceptara esta posibilidad, en gracia de discusión, parece indicar que "a veces pierde el Estado y a veces pierden los originadores". Una idea así carece de todo sentido como argumento de constitucionalidad. En efecto, no aborda adecuadamente la proporcionalidad porque parece que el Estado compensara sus errores al estimar por debajo del valor real los costos de los estudios de prefactibilidad, "cobrando" en los casos en los que hay excedentes. Sin duda, se trataría de una medida que configuraría un enriquecimiento sin causa, pues ni siquiera habría título legal alguno que pueda justificar la apropiación de esos recursos por parte del Estado, es más, parecería un caso en que el Estado alega su propia incuria para obtener un beneficio a costa de los derechos de los ciudadanos.

Como ya fue mencionado, por regla general, los excedentes de los patrimonios autónomos constituidos por medio de una fiducia mercantil deben ser recibidos por el fideicomitente/originador. Lo anterior, debilita el argumento de varios intervinientes que afirmaron que, por tratarse de un patrimonio autónomo, el originador ya no podría tener ninguna expectativa sobre esos recursos. Sin embargo, esta regla no es absoluta, pues: (i) las partes pueden pactar una destinación diferente de acuerdo con la legislación actual o (ii) el Legislador puede prever un tratamiento diferente de los excedentes con carácter obligatorio para los contratos de proyectos de APP, escenario en el cual debería justificar mínimamente la medida, de acuerdo con las previsiones constitucionales que puedan verse involucradas. En este caso, el aparte acusado elimina la posibilidad de que en el contrato fiduciario se pacte que el originador reciba el excedente. Por lo tanto, el problema constitucional es si esa previsión se ajusta o no a la Carta. Lo expuesto, porque impone al originador la no recuperación de los excedentes que, como ya se explicó, no son recursos públicos.

Por tratarse de una restricción a un contrato mercantil que afecta los recursos aportados por el originador privado a favor del tesoro nacional, sin una justificación atendible, los demandantes deducen la afectación del derecho a la propiedad y el enriquecimiento sin causa de Estado.

Como puede observarse, se cumplen los elementos para que se configure el enriquecimiento sin causa con la expresión acusada, pues el originador se empobrece y el Estado, correlativamente, se enriquece sin que exista una justa causa, con lo que se desconoce la justicia que guía nuestro sistema constitucional.

El Estado impide la participación del particular para establecer en el contrato de fiducia el destino de los excedentes cuando se liquide el patrimonio autónomo. Por lo tanto, el particular no tiene oportunidad de adoptar otra decisión al respecto, aunque en términos generales la regulación del contrato de fiducia prevé esa posibilidad. Esta situación no es inconstitucional en sí misma, lo que la norma superior exige es que haya una regulación legal específica mínimamente justificada que establezca esa cláusula.

La ley prevé el costo de la inversión para efectos de adelantar el estudio del proyecto de manera predeterminada, de tal forma que los excedentes no obedecen a actos de voluntad del originador.

El Estado afecta el patrimonio de un particular sin que éste haya tenido culpa, sólo ejerce su derecho a participar de un proceso precontractual.

No hay un contrato estatal que justifique el ingreso de esos recursos en virtud de una obligación pactada.

La autoridad del Estado es usada para que el particular se desprenda de unos recursos que podrían corresponderle, en beneficio del tesoro nacional sin justificación aparente.

Aunque esa imposición opera por ministerio de la ley, en sede constitucional ello no es suficiente, pues la norma no supera un análisis de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, cabe recordar que el escrutinio sobre el enriquecimiento sin causa en estos eventos debe considerar el imperativo superior de proveer soluciones justas (artículo 2º superior) cuando la legislación permita desequilibrios patrimoniales injustificados e inaceptables desde el punto de vista constitucional.

En efecto, el principio de proporcionalidad es un parámetro de corrección funcional de la actividad del Estado que permite evitar el desequilibrio o el exceso en el ejercicio del poder público. Es un concepto relacional, opera ante la colisión de principios o bienes jurídicos cuando "la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro"[61]. Por lo tanto, compete a la Corte evaluar que la restricción no sea desproporcionada a través de la ponderación. Una de las herramientas metodológicas aplicables es el juicio de proporcionalidad en el que se examinan las medidas adoptadas por el Legislador y los fines que persigue.

El examen en el presente caso debe partir del reconocimiento del amplio margen de configuración del Legislador en la definición de las limitaciones al derecho a la propiedad. En consecuencia, la constitucionalidad de la medida acusada debe analizarse desde un juicio débil de proporcionalidad entre dicha previsión y los fines que busca cumplir, no sólo por la amplitud de la competencia con la que cuenta el Congreso para fijar este tipo de restricciones, sino también porque, en la disposición examinada en esta oportunidad, no se advierte prima facie la transgresión de un derecho fundamental. En el marco, del **juicio débil de proporcionalidad** le corresponde a la Sala determinar: (i) si el fin buscado por la medida no está constitucionalmente

prohibido, (ii) si el medio utilizado tampoco está proscrito por la Carta, y, (iii) si el medio resulta adecuado[63].

El objetivo del aporte del originador es la evaluación del proyecto, pero la norma no precisa cuál es el propósito perseguido al consignar los excedentes que no se usaron para la evaluación a orden del tesoro nacional. Los antecedentes legislativos tampoco arrojan información al respecto[64]. Quienes defienden la exequibilidad del fragmento acusado enunciaron varias posibilidades, algunas contradictorias entre sí y contrarias con la interpretación del subsistema normativo en el que la disposición está inmersa.

En efecto, algunos intervinientes consideraron que la disposición acusada obedece al riesgo inherente a los costos de estructuración del proyecto. Sin embargo, como ya se explicó, en esta etapa precontractual, los proyectos de APP de iniciativa privada comportan unos riesgos específicos relacionados con los requerimientos que hace la ley al respecto. Por lo tanto, no podría considerarse como riesgo un asunto no relacionado con las especificaciones relativas al objeto mismo del aporte de capital privado. Así, se trata entonces de un riesgo que no hace parte de la estructuración del proyecto que se pretende presentar al Estado. Por lo tanto, esta no es la finalidad de la disposición.

Por otra parte, asumieron, con base en la falacia de división ya descrita, que (i) la finalidad de la medida consiste en la alineación de incentivos entre el sector público y el sector privado para desalentar iniciativas con estudios deficientes; por lo tanto, la imposición de este costo de revisión a cargo del originador permite filtrar propuestas que no cuenten con estudios sólidos. De esta manera, (ii) se lograría racionalizar el uso de los escasos recursos públicos al realizar las evaluaciones con el dinero de los propios originadores. Sin embargo, la demanda no cuestiona la evaluación, ni el costo que debe asumir el originador para llevarla a cabo; se dirige contra la destinación forzosa de los excedentes al tesoro nacional. El mismo análisis puede ser aplicado al argumento según el cual, la medida tiene la finalidad pública de incentivar la iniciativa privada de las APP para el desarrollo de la infraestructura del país. Para la Corte, estos argumentos no muestran la finalidad de la medida.

Tampoco se trata de la recuperación de una inversión pública. El análisis del trámite precontractual evidencia que esta no ha existido, lo cual concuerda tanto con la etapa previa al contrato como con la naturaleza de los proyectos de APP de iniciativa privada, que pretenden transferir los riesgos para proteger los recursos públicos.

Claramente, el aparte acusado no tiene una finalidad explícita y, las que algunas interpretaciones pretendieron defender, no dan cuenta del objetivo de la norma de acuerdo con su literalidad y con su interpretación sistemática. De hecho, son varias y muy distintas. Efectivamente, un ejercicio hermenéutico sencillo muestra que, en ausencia de una finalidad clara, desde los estándares básicos de interpretación (que en ese caso se han usado para establecer el alcance de la norma), el único objetivo del aparte acusado es transferir automáticamente y sin justificación clara la propiedad de los excedentes del patrimonio autónomo constituido por el originador, luego de cubrir los costos de la revisión y/o evaluación de un proyecto de APP de iniciativa privada, al Estado.

En ese sentido, el aparte acusado excede la libertad de configuración del Legislador cuando establece un límite al derecho a la propiedad, pero ni siquiera lo justifica mínimamente. La ausencia de razones que expliquen esa restricción hace que el fragmento implique un enriquecimiento sin causa y, por lo tanto, es desproporcionado e inconstitucional y habrá de ser

declarado inexequible. Es importante anotar que los efectos de esta declaratoria se circunscriben solamente al aparte analizado y tienen efectos ex nunc, de tal forma que la decisión aquí adoptada produce efectos para los proyectos de APP de iniciativa privada que se inicien con posterioridad al momento de expedición de esta providencia y para las liquidaciones de los patrimonios autónomos que no se hubieren realizado.

Síntesis de la decisión

La Corte analizó si el inciso final (parcial) del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, "[p]or el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. 'Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad'", vulnera el derecho a la propiedad privada al disponer que los excedentes de la liquidación del patrimonio autónomo constituido por los originadores para la evaluación de los proyectos de APP de iniciativa privada no les sean devueltos, sino consignados a orden del tesoro nacional.

De manera preliminar, la Corte encontró que el cargo presentado era apto. En efecto, la argumentación de los demandantes fue específica puesto que precisó de forma objetiva y verificable una oposición entre el contenido de la expresión acusada y el derecho a la propiedad. Además, los ciudadanos edificaron el concepto de violación de la Carta con fundamento en reproches de naturaleza constitucional objetivos y verificables.

En cuanto al estudio de fondo, la Corte desarrolló los siguientes temas: (i) el derecho a la propiedad y la posibilidad de limitarlo de acuerdo con la Constitución; (ii) el concepto de enriquecimiento sin causa; (iii) las generalidades de los contratos por medio de los cuales se materializan los proyectos de APP; (iv) la obligación de constituir un patrimonio autónomo en la etapa precontractual de esos contratos para revisar y/o evaluar proyectos de APP de iniciativa privada; y, finalmente (v) la respuesta al problema jurídico planteado por la demanda.

En primer lugar, la Corte reiteró que el margen de configuración legislativa en materia de propiedad privada no es absoluto. Por lo tanto, siempre es exigible la obligación de motivar la afectación a tal derecho. Para ello debe ser clara la finalidad de la restricción, que debe estar relacionada con la utilidad pública, el interés o las funciones social y ecológica de la propiedad. En este sentido, imponer una afectación al derecho a la propiedad sin cumplir estos requisitos implica una extralimitación del margen de configuración legislativa que habrá de ser analizada a la luz del principio de proporcionalidad. Además, precisó el alcance de concepto de enriquecimiento sin causa con énfasis en las relaciones de los particulares con el Estado.

De otro lado, esta Corporación explicó la naturaleza y funcionamiento general de los proyectos de APP con el fin de entender el fragmento acusado y su alcance y así confrontarlo con la Carta. En efecto, la norma se refiere a la constitución de un patrimonio autónomo para la revisión y/o evaluación de proyectos de APP de iniciativa privada. Se aplica en la etapa de factibilidad, que a su vez se ubica en la fase precontractual de estructuración, una vez se ha superado la prefactibilidad. Además, se precisó que se refiere a la evaluación de un acervo documental específico (el proyecto) y no a la realización de los estudios previos ni a su adquisición por la entidad, pues se trata de etapas y documentos distintos.

Posteriormente, en el análisis del aparte acusado, la Corte insistió en que la constitución del patrimonio autónomo corresponde totalmente a recursos privados. Su naturaleza no cambia al constituir el patrimonio autónomo que surge de un contrato de fiducia mercantil. Estos aspectos son relevantes para establecer la naturaleza de los excedentes que la norma ordena consignar a

orden del tesoro nacional.

Una interpretación razonable de los preceptos sobre los proyectos de APP de iniciativa privada lleva a concluir que el diseño normativo de la figura no pretende convertir recursos privados en públicos y, menos aún, hacerlos parte del patrimonio estatal. Efectivamente, los objetivos del patrimonio autónomo son mucho más precisos y circunscritos a la etapa precontractual en la que, de hecho, también opera la transferencia de riesgos y por eso el originador es quien debe aportar la totalidad de los recursos para la evaluación. De tal manera, no se comprometen los escasos recursos públicos.

En este contrato de fiducia, el fideicomitente es el originador, pero la ley ordena que el beneficiario sea la entidad estatal encargada de la revisión y/o evaluación del proyecto. Por lo mismo, ella autorizará la celebración de los contratos requeridos para el efecto (si es del caso) y de la autorización de los pagos a que hubiere lugar por tal concepto. Además, la revisión y/o evaluación es la finalidad para el cual se constituye el patrimonio autónomo. La Corte concluyó que se trata de un contrato de fiducia mercantil no sólo por la forma en la que el ordenamiento ha entendido las clases de fiducia, sino por las particularidades de los proyectos de APP de iniciativa privada.

La Sala Plena precisó que, en este caso, el aparte acusado elimina la posibilidad de que en el contrato fiduciario se pacte que el originador reciba el excedente. Por lo tanto, impone al originador la no recuperación de los excedentes que, como ya se explicó, no son recursos públicos.

Por tratarse de una restricción a un contrato mercantil que impone una situación que afecta los recursos aportados por el originador privado a favor de los del tesoro nacional, existen indicios importantes de afectación del derecho a la propiedad y de enriquecimiento sin causa de Estado.

La Corte constató que se cumplen los elementos para que se configure el enriquecimiento sin causa del Estado a expensas del patrimonio del originador:

a. el Estado impide la participación del particular para establecer en el contrato de fiducia el destino de los excedentes cuando se liquide el patrimonio autónomo. Por lo tanto, el particular no tiene oportunidad de adoptar otra decisión al respecto, aunque el contrato de fiducia en general prevé esa posibilidad y el Legislador podría adoptar distintas decisiones al respecto.
b. La ley prevé en costo de la inversión para efectos de adelantar el estudio del proyecto de manera predeterminada, de tal forma que los excedentes no obedecen a actos de voluntad del originador.
c. El Estado afecta al particular sin que éste haya tenido culpa; sólo ejerce su derecho a participar de un proceso precontractual.
d. No hay un contrato estatal que justifique el ingreso de esos recursos en virtud de una obligación pactada.
e. La autoridad del Estado es usada para que el particular se desprenda de unos recursos, que podrían corresponderle, en beneficio del tesoro nacional sin justificación aparente.
f. Aunque esa imposición opera por ministerio de la ley, en sede constitucional ello no es suficiente, pues la norma no supera un análisis de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, cabe recordar que el escrutinio sobre el enriquecimiento sin causa en estos eventos debe considerar el imperativo superior de proveer soluciones justas (artículo 2º superior) cuando la legislación permita desequilibrios patrimoniales injustificados e

inaceptables desde el punto de vista constitucional.

Finalmente, aplicó un juicio débil de proporcionalidad en el que determinó que el objetivo del aporte del originador es la evaluación del proyecto, pero la norma no precisa cuál es el propósito perseguido al consignar los excedentes que no se usaron para la evaluación a orden del tesoro nacional. Los antecedentes legislativos tampoco arrojan información al respecto, por lo que no hay una finalidad explícita. En gracia de discusión, la Sala Plena controvirtió algunos de los supuestos objetivos del fragmento acusado: (i) los proyectos de APP de iniciativa privada comportan unos riesgos específicos relacionados con los requerimientos que hace la ley al respecto, pero no podría considerarse como riesgo un asunto no relacionado con el objeto de los aportes; (ii) no es cierto que el objetivo del apartado sea filtrar proyectos poco fundamentados y evitar el gasto innecesario de recursos públicos, esa es la finalidad de la evaluación de los proyectos de APP, no de la consignación de los excedentes al tesoro nacional; (iii) no se trata de la recuperación de una inversión pública porque el análisis del trámite precontractual evidenció que ésta no se ha presentado.

La Corte concluyó que el único objetivo del aparte acusado es transferir automáticamente y sin justificación la propiedad de los excedentes del patrimonio autónomo constituido por el originador, luego de cubrir los costos de la revisión y/o evaluación de un proyecto de APP de iniciativa privada, al Estado,. Por lo tanto, el aparte acusado excede la libertad de configuración del Legislador cuando establece un límite al derecho a la propiedad, pero ni siquiera lo justifica mínimamente. La ausencia de razones que expliquen esa restricción hace que la norma constituya un enriquecimiento sin causa que contraría la idea general de justicia consagrada en la Carta Política y, por lo tanto, es desproporcionada e inconstitucional y habrá de ser declarada inexequible. Además, enfatizó en que los efectos de esta declaratoria se circunscriben solamente al aparte analizado y tienen efectos ex nunc, de tal forma que la decisión aquí adoptada produce efectos para los proyectos de APP de iniciativa privada que se inicien con posterioridad al momento de expedición de esta providencia y para las liquidaciones de los patrimonios autónomos que no se hubieren realizado.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "y sus excedentes si los hubiere serán consignados a orden del tesoro nacional" contenida en el último inciso del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, "[p]or el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. 'Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad'".

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Presidente

Con salvamento de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Ausente con permiso

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

En licencia por luto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] En sesión del 26 de noviembre de 2020, la Sala Plena de la Corte Constitucional repartió el proceso de la referencia a este despacho.

[2] Expediente digital D-14052.

[3] Expediente digital D-14052.

[4] Folio 13 del escrito de corrección de la demanda, que se encuentra en el expediente digital D-14052.

[5] El auto fue notificado por medio del estado número 013 del 1°de febrero de 2021. El término de ejecutoria corrió los días 2, 3 y 4 de febrero de 2021 y venció en silencio.

[6] Fl. 11 corrección de la demanda.

[7] Escrito presentado el 22 de febrero de 2021 por Olga Lucía González, directora del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia.

[8] Escrito presentado el 22 de febrero de 2021 por Juan Martín Caicedo Ferrer, presidente ejecutivo de la CCI.

[9] Escrito presentado el 22 de febrero de 2021 por Julián Ricardo Aguilar Ariza, jefe de la Oficina Asesora Jurídica del DNP.

[10] Escrito presentado el 22 de febrero de 2021 por Pablo Augusto Alfonso Carrillo, jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Transporte.

[11] Folio 6 de la intervención del Ministerio de Transporte, que se encuentra en el expediente digital D-14052.

[12] Folio 7 de la intervención del Ministerio de Transporte.

[13] Escrito presentado el 22 de febrero de 2021 por Jimmy Alexander García Urdaneta, coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial de la ANI.

[14] Concepto presentado el 23 de marzo de 2021.

[15] Ver, entre otros, las Sentencias C-653 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-856 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-128 de 2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, C-535 de 2016 M.P. María Victoria Calle Correa y C-207 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[16] Sentencia C-1052 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. "Esto quiere decir que el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo". En el mismo sentido se orientó la Sentencia C-508 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo ("el examen de los requisitos adjetivos de la demanda no debe ser sometido a un riguroso escrutinio y se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria, de manera que se privilegie la efectividad de los derechos de participación ciudadana y de acceso al recurso judicial efectivo ante esta Corte") y la Sentencia C-978 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva ("la acción de inconstitucionalidad es de carácter público, es decir abierta a todos los ciudadanos, por lo que no exige acreditar la condición de abogado; en tal medida, el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo").

[17] Ver, entre otros, Auto 288 de 2001 y sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

[18] Sentencia C-480 de 2020 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[19] Sentencia C-332 de 2017 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).

[20] Sentencia C-049 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera).

[21] Sentencia C-133 de 2009 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

[22] Sentencia C- 410 de 2015 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

[23] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[24] Las tres primeras están previstas en el artículo 58 superior. Por su parte, la cuarta limitación está prevista en el inciso segundo del artículo 34 de la Constitución.

[25] Ver, entre otras, las sentencias C-189 de 2006 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-119 de 2006 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

[26] M.P. Jaime Araújo Rentería.

[27] Sentencia C-133 de 2009 (M.P. Jaime Araújo Rentería). Ver también las sentencias C-740 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y C-474 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

[28] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[29] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[30] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[31] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[32] "M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. Consúltese también la sentencia C-1172 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En esta decisión se señaló: "... la propiedad ha sufrido notorias transformaciones conceptuales que de suyo relativizan su ejercicio, y en su condición de derecho subjetivo es objeto de garantía y protección constitucional, de modo que solamente puede ser materia de restricciones o limitaciones por las causas y con las finalidades señaladas en la propia Carta Política. Ciertamente, el contenido esencial del derecho de propiedad, entendido como aquel mínimo subjetivo o espacio de libertad para que las personas puedan ejercer y disponer libremente de sus bienes dentro del marco jurídico, no puede ser interferido por el Estado so pretexto de regular su función social y ecológica, ya que ante todo se trata de un derecho fundamental que permite el desarrollo de un ámbito de libertad personal y en este sentido debe protegerse constitucionalmente. Por ello, las limitaciones que puedan imponerse al propietario por el legislador deben tener en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que exigen un balance equitativo entre los intereses individuales y los intereses de la sociedad."".

[33] Corte Constitucional Sentencia C-488 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis

[34] Sentencia C-782 de 2004.

[35] M.P. Jaime Araujo Rentería.

[36] M.P. Mauricio González Cuervo.

[37] Sección tercera, M.P. Ramiro Pazos.

[38] Cely León, Jorge (2017). "Análisis económico del enriquecimiento sin causa: un acercamiento al Derecho Civil y al Derecho Administrativo". Con-texto Revista de derecho y economía, Nº 48, julio-diciembre 2017, p. 89.

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

[40] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[41] Artículos 9º a 13 de la Ley 1508 de 2012.

[42] Artículos 14 a 21 de la Ley 1508 de 2012.

[43] Artículo 17 de la Ley 1508 de 2012. estos no podrán superar el 30% del presupuesto de inversión por regla general. Sin embargo, en proyectos de infraestructura vial de carreteras, los recursos públicos no podrán superar el 20% del presupuesto estimado de inversión.

[44] Artículo 17 de la Ley 1508 de 2012.

[45] El artículo 2.2.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015 (modificado por el art.8 del Decreto 438 de 2021, con el cual se le da al originador la oportunidad de subsanar el proyecto en 10 días hábiles) regula la evaluación de proyectos de APP de iniciativa privada en la etapa de prefactibilidad y el contenido de la respuesta que debe emitir la entidad correspondiente.

[46] Ley 1508 de 2012, art.14.

[47] El artículo 2.2.2.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015 (modificado por el art.10 del Decreto 438 de 2021 regula la evaluación en la etapa de factibilidad.

[48] Artículo 14 de la Ley 1508 de 2012.

[49] Artículo 16 de la Ley 1508 de 2012.

[50] Modificado por el art.38 de la Ley 1753 de 2015.

[51] De acuerdo con el numeral 4º del artículo 2.2.2.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015, en el caso de que el proyecto deba ser adelantado por entidades del nivel nacional y "cuente con un presupuesto estimado de inversión, sumado a los aportes del Estado a los que hace referencia el artículo 2.2.2.1.3.2 del presente Decreto, superior a setenta mil Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (70.000 SMLMV), o cuando los ingresos anuales estimados del proyecto sean superiores a setenta mil Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (70.000 SMLMV)", la entidad competente deberá solicitar al ministerio u órgano cabeza del sector la presentación del proyecto ante el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). En caso de que el proyecto deba ser adelantado por entidades del nivel territorial, se deberá "conformar un comité o consejo asesor integrado con funcionarios que posean conocimientos técnicos, financieros y jurídicos, con el propósito que emitan concepto con relación a los análisis que hace referencia el presente artículo" Artículo 2.2.2.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015, numeral 4º.

[52] A su vez, esta norma es desarrollada por el artículo 2.2.2.1.8.2 del Decreto 1082 de 2015.

[53] Contraloría General de la República (2017). Administración de recursos públicos en fiducias, p. 6. Disponible en: https://observatoriofiscal.contraloria.gov.co/Publicaciones/Administracion de Recursos Públicos en Fiducias 2017.pdf

[54]

Contraloría General de la República, p. 6: "(...) la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que celebren las entidades estatales, o de los fondos públicos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de tales contratos, los cuales son entregados a título de mera tenencia a las entidades fiduciarias, con el fin de que los administren o manejen, obteniendo beneficios o ventajas financieras y/o el pago oportuno de lo adeudado". Ver también el numeral 5º del artículo 32 y en el numeral 20 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

[55] Ver sentencias C-086 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y C-438 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[56] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de agosto de 2014, M.P. Margarita Cabello Blanco, expediente SC 5438-2014.

[57] Aunque la ley prevé la posibilidad de proyectos de APP de iniciativa privada con participación de recursos del Estado, esa participación sólo se daría cuando ya hay un acuerdo entre la entidad pública y el originador, no en las etapas precontractuales como la de factibilidad, donde es aplicable el fragmento acusado, al respecto ver el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012. Por otra parte, el artículo 11 del Decreto 1467 de 2012, por el cual se reglamenta esta ley, establece lo siguiente "Los aportes del Estado que no constituyen erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las Entidades Territoriales o de otros Fondos Públicos no son desembolsos de recursos públicos.//Los bienes objeto de aporte del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos deberán estar valorados a precios de mercado de conformidad con la normatividad vigente, monto que deberá reflejarse en la estructuración financiera del proyecto como un esfuerzo financiero realizado por las Entidades Estatales respectivas.//Los aportes del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos deben estar relacionados directamente con la implementación y puesta en marcha del Proyecto de Asociación Público Privada." (subrayado no original) De acuerdo con esta norma, no parece haber estatales en esta etapa contractual.

[58] "Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato bajo el esquema de asociación público privada, el adjudicatario deberá pagar al Originador el valor que la entidad pública competente haya determinado como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto durante el trámite de la respectiva iniciativa privada."

[59] En esos casos, logrado el acuerdo ente la entidad estatal y el originador se abre una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto. Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

[60] COPI, Irving M.; COHEN, Carl. Introducción a la lógica. Limusa. México. 2007.

[61] Sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Citada por la sentencia C-290 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[62] Con respecto a la intensidad del juicio de proporcionalidad y los criterios de evaluación de las medidas y los fines pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-031 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-067 de 2018 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, C-520 de 2016 M.P. María Victoria Calle Correa. Cita tomada de la Sentencia C-290 de 2019 M.P. Gloria Stella

Ortiz Delgado.

[63] Ver sentencias C-059 de 2018 M.P. C-583 de 2016 M.P. Aquiles Arrieta Gómez; C-059 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas; C-104 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[64] Al respecto, fueron consultados los siguientes documentos: Gaceta 33 de la Cámara de Representantes (7 de febrero de 2019), publicación de la iniciativa legislativa del Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación, junto con la exposición de motivos; Gaceta 131 del Senado de la República (19 de marzo de 2019), ponencia para primer debate en sesión conjunta de las comisiones tercera y cuarta de Senado y Cámara; Gaceta 136 de la Cámara de Representantes (20 de marzo de 2019), ponencia para primer debate en sesión conjunta de las comisiones tercera y cuarta de Senado y Cámara; Gaceta 272 del Senado de la República (26 de abril de 2019); ponencia para segundo debate en plenaria del Senado. En esta ponencia se incluyó como un artículo nuevo la disposición demandada relativa a la evaluación de proyectos de asociaciones público privadas (ver páginas 10-11). Sobre el punto sólo se mencionó lo siguiente: "ARTÍCULO NUEVO. EVALUACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA. Facilita el trámite de estudio y evaluación de los proyectos de Asociación Público- Privada de iniciativa privado, estableciendo que corresponderá a los originadores privados, asumir por su cuenta y riesgo, el costo estimado de la revisión y/o evaluación de los mismos en la etapa de factibilidad. Establece para el efecto unos parámetros para la determinación de dicho costo estimado así como la utilización de un mecanismo fiduciario constituido por el propio originador para el pago y ejecución de dichos costos por parte de la entidad encargada de la respectiva revisión y/o evaluación". Gaceta 273 de la Cámara de Representantes (26 de abril de 2019): ponencia para segundo debate en plenaria de la Cámara. Respecto a la disposición acusada, se registró el mismo comentario de la gaceta anterior en la página 11.

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Compilación Juridica MINTIC
n.d.
Última actualización: 31 de mayo de 2024 - (Diario Oficial No. 52.755 - 13 de mayo de 2024)

logo