



COMUNICADO 29

Agosto 6 de 2021

Sentencia C-269/21

M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Expediente: D-14052

Norma acusada: Ley 1955 de 2019, artículo 116 (parcial)

CORTE DECLARA INCONSTITUCIONAL APARTE DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018-2022 POR GENERAR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DEL ESTADO A EXPENSAS DEL PATRIMONIO DE INICIATIVAS PRIVADAS

1. Norma objeto de control de constitucionalidad

LEY 1955 DE 2019

“Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. ‘Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad’”

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 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

los contratos requeridos para el efecto, así como autorizar los pagos a que hubiere lugar en desarrollo de los mismos.

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).

2. Decisión

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'".

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte analizó si 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.

De manera preliminar, la Corte encontró que el cargo presentado era apto. En efecto, la argumentación fue específica, pues 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 de APP; (iv) la obligación de constituir un patrimonio autónomo en la etapa precontractual 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 debe motivar la afectación a tal derecho. Para ello debe ser clara la finalidad de la restricción, que debe estar relacionada con la utilidad o el interés públicos, o con las funciones social y ecológica de la propiedad. De lo contrario, se presentaría una extralimitación del margen de configuración legislativa que habrá de ser analizada a la luz del principio de proporcionalidad. Además, precisó el alcance del 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. 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 superada la prefactibilidad. Además, 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.

Posteriormente, en el análisis del aparte acusado, la Corte insistió en que la constitución del patrimonio autónomo que surge de un contrato de fiducia mercantil corresponde totalmente a recursos privados. Además, el diseño normativo 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 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 los excedentes. Por lo tanto, le impone al originador la no recuperación de los mismos 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, aunque el Legislador podría adoptar distintas decisiones al respecto.
- b. 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.
- 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, la norma no supera un análisis de razonabilidad y proporcionalidad.

En efecto, 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 o sus antecedentes legislativos no precisan cuál es el propósito perseguido al consignar los excedentes que no se usaron para la evaluación a orden del tesoro nacional. La Corte concluyó que 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 norma constituye 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 inexecutable.