



DIPLOMADO INTERNACIONAL EN DERECHOS HUMANOS, JUSTICIA
AMBIENTAL Y SEGURIDAD

TITULO

PROCESOS DE MODERNIZACIÓN DE LOS GOBIERNOS TRAEN CONSIGO LA
APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

ALUMNO

JAVIER HUMBERTO CRUZ CASTILLO

Presentado A

DOCTOR

ALFONSO JAIME MARTINEZ LAZCANO

INSTITUCION UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA "UNICOC"

Programa Derecho. México; Noviembre, 2015.

TABLA DE CONTENIDO

- I. TITULO**
- II. AUTOR**
- III. RESUMEN**
- IV. ABSTRACT**
- V. PALABRAS CLAVES**
- VI. DESARROLLO DEL TEMA**
 - 1. INTRODUCCION**
 - 2. PROBLEMA DE INVESTIGACION**
 - 3. SOLUCION DEL PROBLEMA**
- VII. CONCLUSIONES Y COMENTARIOS**
- VIII. BIBLIOGRAFIA**

I. TÍTULO

PROCESOS DE MODERNIZACIÓN DE LOS GOBIERNOS TRAEN CONSIGO LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

II. AUTOR

JAVIER HUMBERTO CRUZ CASTILLO

Estudiante del décimo semestre de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad INSTITUCION UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA “UNICOC”, ostenta el cargo de Concejal del Municipio de Cota – Cundinamarca – Colombia para el periodo constitucional 2012 - 2015, por elección popular.

III. RESUMEN

Las APP como instrumento de vinculación de capital privado en el sector público aparecen como una nueva figura contractual que materializa dos partes: Un privado y el estado quienes constituirán herramienta valiosa para lograr fines del Estado como: crecimiento en su desarrollo y capitalización de otras fuentes de financiación de entidades territoriales, brindando bienestar general para dar paso a la construcción de un mejor país. Todo tendrá que hacerse bajo mandato legal y constitucional y que la búsqueda del fin del Estado no se convierta en instrumento capaz de vulnerar los derechos humanos de las personas de todo el territorio.

IV. ABSTRACT

Public private partnerships as an instrument of involvement of private capital in the public sector and appearing as a new contractual figure, which should materialize between two parties, a private investor and a state figure, who must be a valuable tool for achieving the goals the state, such as the growth in its development and capitalize on other sources of financing of local authorities to provide a general well-being and give way to the construction of a better country. All this will have to naturally without crossing barriers and in compliance with the legal and constitutional mandate and that the search warrant that end state and become an instrument for human rights of vulnerable individuals or groups violate the whole territory.

V. PALABRAS CLAVES

Derechos humanos, contratación estatal, alianzas público privadas (APP), ley, modernización.

KEYWORDS

Human rights, state contraptions, public private Partnerships, law, modernization.

VI. DESARROLLO DEL TEMA

1. INTRODUCCION

En el siguiente trabajo de disertación he desarrollado el tema de cómo los gobiernos en búsqueda de su modernización administrativa y contractual, en caso

concreto la Ley 1508 (asociaciones público privadas APP) mediante ese objeto fundamental que es buscar la forma en que privados inviertan en lo público de forma segura y regulada, haciendo caso a la constitución del 91 en su artículo 1. Donde dice: “Colombia es un estado social de derecho organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista fundada en el respeto de la dignidad humana” y es ahí cuando analizaremos si se vulneran los derechos humanos por parte de las entidades territoriales; para eso desarrollaré una serie de etapas que me ayudaran a profundizar el tema así como permitirá analizar de fondo paso a paso los criterios capaces de evaluar y que además serán motivo de estudio en el desarrollo del tema que nos llevará a comprender y a buscar respuestas que tendrán que ser tenidas en cuenta para evitar cometer los mismos errores del pasado, tan solo por cumplir con el deseo del estado.

2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

DESCRIPCION: Durante los últimos años y desde luego como resultado de todas las reformas y cambios económicos, las economías de un gran número de países sin importar el grado de desarrollo y menos su tamaño, van comenzando a brindar mejores espacios a la intervención privada. Es por eso que con el inicio de la generación de concesiones en los años de 1990 la cual hoy ya está en una etapa plenamente de

maduración y a punto de finalizar, todos estos países hoy se enfrentan a tan grandes retos de proyectos que implican un mayor esfuerzo y un decidido apoyo del estado que garantice la viabilidad dentro de sus finanzas. Cada vez con muchos más niveles de complejidad que solo traen un aumento en cuanto a su responsabilidad, dado que su próxima cartera de inversión incluye también proyectos de infraestructura que hace más complejos los procesos, también con ellos sectores nuevos para lo que cada vez hace más difícil la tarea de incluir nuevos socios privados que ellos hagan la inversión y sean ellos quienes también hagan su operación, operación que puede ser en sectores tales como: infraestructura, educación, salud y el caso de los establecimientos penitenciarios, vías, y servicios públicos. Dicha necesidad con que hoy cuenta nuestro país de crear un verdadero desarrollo con una mejor y más moderna infraestructura, que cada vez lo lleve a optimizar y a enfrentar retos superiores en lo social y en lo económico, siempre con diferentes estrategias se ha promovido la búsqueda de grandes alternativas que sean capaces de financiar estos magnos proyectos totalmente diferentes, que sean un complemento a las que se sustentan en el presupuesto de la Nación, también se debe destacar la importancia de cómo se involucra al sector privado en la búsqueda de una función que cumpla con el interés general.

Existe un Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES, No 3615 de 2009, que nos da a conocer los lineamientos más particulares de las políticas que ha adoptado el Gobierno Nacional en busca de tan anhelada modernización, plantea la necesidad de buscar una mejor y más eficiente manejo de los activos fijos del estado, en los cuales tienen una directriz que propone diseñar esquemas de Asociaciones Público Privadas APP, todo siempre regido

con los principios de eficiencia, transparencia, responsabilidad y competitividad.

En Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 el gobierno de turno, Prosperidad para Todos, “reconoce la importancia de vincular de manera activa al sector privado, no solo en materia de inversión, sino también en proceso de conceptualización y socialización de las necesidades que avocan los distintos sectores de infraestructura tanto productiva como social, para alcanzar ambiciosas metas que se plantean en materia de su desarrollo, con el fin de dar el impulso a los sectores locomotores de la economía nacional y al sector social; es necesario implementar estrategias que permitan optimizar el uso de los recursos públicos; por lo que resulta esencial desarrollar esquemas de Asociaciones Público Privadas (APP) y explotar mecanismos alternativos para canalizar inversión y gestión privada eficientes en la modernización, construcción, operación y/o mantenimiento de infraestructura pública. El 10 de enero de 2012 se expide todo lo del régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas con la aprobación de Ley 1508 de 2012, que se reglamenta mediante el Decreto 1467 de 2012, destacándola como un mecanismo de vinculación de capital privado ante una entidad territorial y que se debe materializar mediante proceso contractual que se firma entre dos partes: una de nombre sociedad estatal y otra llamada persona natural o jurídica de derecho privado, todo esto con el fin de proveer esos bienes públicos y de prestar todo tipo de servicios que esté relacionado, así como aquellos los cuales pueden involucrar compromisos que van hacer correspondientes mecanismos para el pago. Si observamos la exposición de motivos de la ley citada 1508 del 2012, era algo más que necesario el de fortalecer un marco normativo que le permitiera crear otras condiciones más adecuadas y que ofreciera unos mejores incentivos capaces de atraer a nuevos y mejores inversionistas, todo esto con el único fin de poder crear un mejor desarrollo con nuevos proyectos que brinden vinculación de

capital privado para otros sectores de la tan golpeada economía nacional y que así se pueda potenciar una mejor utilización de recursos como fuente primaria y primordial de financiación.

Para las tan hoy sonadas ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS su poca ejecución de proyectos ha sido por culpa de la muy escasa inversión financiera y por la asignación de incorrectos mecanismos de control que no dan garantías dentro del proceso y en el transcurso del mismo; de la misma manera, la falta de apoyo en toda la coordinación de los temas que tienen que ver con los predios y las licencias ambientales; la tan marcada falta de penalizar esa famosa culpa de parte de las concesiones activas hace ya bastante tiempo, con lo cual hoy les es tan fácil despojarse de muchas responsabilidades que se tuvieron que suscribir al momento de firmar el contrato pactado inicialmente todo esto con el atenuante que se dejó escrito en el momento que se modifica dicho contrato mediante ¿otrosí? según su variación el caso; la desafortunadamente poca presencia de buenos esquemas fiduciarios que le aporten al control buenas prácticas de los desembolsos y creación de un gran fondo económico, fondo que no solamente debe funcionar en el periodo de construcción, sino que deberá estar siempre funcionando también todo el transcurrir dicho período de operación.

Cuando se cuente con los estudios técnicos necesarios para la ejecución del proyecto, se ha vuelto costumbre no dar importancia a factores que hoy en día representan y deben ocupar un lugar privilegiado y son ellos de vital importancia en las sociedades puesto que los sufrimos todos los seres humanos del planeta uno de ellos es el enorme impacto ambiental y el otro el social al no cuantificar debidamente estos ámbitos.

La Ley 1508 de 2012 en su artículo 24, dice: “los recursos públicos y todos los que se manejen en un proyecto de Asociación Público Privadas, se deberán administrar a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al respectivo proyecto. La instauración del esquema fiduciario como vehículo de todo proyecto de APP, ratifica la confianza en la aptitud del instrumento fiduciario para el logro de objetivos del Estado y de intereses de la comunidad en general”².

Todo esto que nos menciona la ley 1508 de 2012, donde le dan unas condiciones y se entregan unas facultades a tan nombrada figura como son las APP las herramientas como estrategia creada para poder lograr un equilibrio entre los sectores público y privado con equidad pensando en poder lograr dar un gran paso al desarrollo sostenible a un mejor lapso de tiempo, es notorio, como solo la lucha por ajustarse al desarrollo de grandes proyectos de orden municipal, departamental y nacional, dada su enorme complejidad para su puesta en marcha, por lo tanto, muchas han sido y serán las recomendaciones planteadas por los diversos sectores, recomendaciones que surgirán con la puesta en marcha del ejercicio de las diferentes modalidades de APP implementadas en Colombia, se debe recurrir al estudio de las facultades que otorga la legislación nacional, todo este proceso tiene un fin muy específico y no es otro que llevar al estado Colombiano por un sendero diferente dentro de un marco viable y futurista que le permita llevar al ciudadano a vivir en estado del cual nuestra constitución, nos plantea como: art. 1 Constitución: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran, en la prevalencia del interés general, es por eso que cuando analizamos el artículo en mención detalladamente nos encontramos con algo fundamental en todos los hombres y son unos privilegios para la convivencia humana que tendrán que contar con los principios de libertad e igualdad. Todo esto para destacar las

violaciones de los derechos humanos en la búsqueda del fin estatal donde no se garantiza el respeto absoluto.

2. LEY 1508 DEL 2012

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

¿Son en realidad las asociaciones público privadas instrumentos para la modernización del estado sin que estos procesos vulneren los derechos humanos?

3. SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para el desarrollo de este trabajo y alcanzar sus objetivos se considera apropiado establecer un plan de acción que permita dar respuesta a la problemática que se aborda y en este sentido se proponen tres capítulos:

1. Investigar la información que sustenta el tema objeto de este trabajo (asociaciones público privadas y violación de derechos humanos) principalmente a partir de sus orígenes indagando normatividad y doctrina.
2. También analizaremos de forma muy general las condiciones que hacen variar estos procesos contractuales que rompen barreras en el ser humano y que llevan al irrespeto de los derechos humanos que varían a partir del contexto legal, geográfico, étnico y cultural buscaremos a partir de un modelo de implementación de APP efectivo las posibles falencias ya sean normativas, administrativas, presupuestales o de beneficio u otras que rompan todos los factores que tienen que ver con los derechos humanos y que permitan la implementación o definitiva negación de un proyecto a través de la ley 1508 del 2002, recrear a partir de los modelos fallidos una posible solución al tema de los estancamientos de los proyectos

presentados principalmente de iniciativa pública con el fin de encontrar como se vulnera el marco legal, creando un modelo de ganancia social para todos los sectores.

CAPÍTULO I

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA

1. Doctrina: Definición, finalidad, lineamientos, ventajas, desventajas, logros y dificultades.
2. Jurisprudencia: Marco Referencial.

CAPÍTULO II

SUSTENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

1. Constitucional
2. Jurisprudencia, Consejo de Estado y Corte Constitucional.

CAPÍTULO III

RESULTADOS

1. Consideraciones jurídicas, constitucionales y legales que facilitan la articulación de las APP a los procesos administrativos en los entes territoriales, departamentales y municipales.
2. Afectación de los derechos humanos.

DESARROLLO

Definición Asociaciones público privadas:

Las 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, que involucra la retención y transferencia, riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad del nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

Las entidades estatales encargan a un inversionista privado, el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento; todas estas deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrán versar, sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos, en estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio en las condiciones que se pacte por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera. Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas.

El Gobierno Nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de los elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Público Privada a que se refiere la presente ley pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores.

El análisis y estudio académico de la compleja interacción del sector público y el privado, resulta hoy de mayor interés en Colombia, ante los recientes avances legislativos, así como la incertidumbre que genera la aplicación e interpretación de los mismos. Desde la expedición de la Ley 1508 de 2012, sus decretos reglamentarios y las resoluciones técnicas dictadas para su aplicación concreta,

resultan predecibles las discusiones teóricas y prácticas que tendrán que ser resueltas por la doctrina y la jurisprudencia, en la medida que se avance en la estructuración y ejecución de proyectos de asociación público-privadas APP, una vez se presenten dudas o tropiezos en el desarrollo de los mismos que tengan que ser resueltos por vías judiciales. El legislador abrió las puertas a una nueva herramienta o fórmula de gestión contractual que permite dar vía libre a la imaginación, lo cual , no implica su validación de antemano, ni la fórmula milagrosa esperada en materia de contratación pública y desarrollo social, pero sí resulta evidente el paso que hemos dado hacia la consolidación del principio de eficiencia administrativa¹, en atención a que el modelo APP está diseñado para que sólo se acuda al mismo, cuando se demuestre técnica y previamente su mayor y mejor valor, frente a las restantes fórmulas ya conocidas de contratación pública.

Los citados cambios legislativos y reglamentarios están rompiendo con esquemas paradigmáticos de la contratación pública. La sociedad ya no estará sometida necesariamente a los vaivenes de los proyectos políticos, por lo menos desde un punto de vista teórico, a efectos de ver realizadas obras sociales y arquitectónicas de gran connotación y trascendencia pública y social, ya que permite a los particulares, tanto a personas naturales como a jurídicas, diseñar los proyectos conforme su propia visión y presentarlos al Estado para su eventual contratación. En consecuencia, se valida al sector privado en la elaboración, presentación y estructuración de proyectos cuya operación y mantenimiento, en caso de ser contratados, deberán asegurar el retorno de su inversión, lo que genera por si sólo un cambio de mentalidad en materia de gestión pública, sin que ello implique que el Estado deje de liderar la agenda contractual; se trata de un verdadero reto en materia de gobernanza, para construir proyectos en donde se reconozcan e incorporen las aspiraciones y expectativas de los particulares y la entidad pública involucrada, reconociendo que no obstante los objetivos comunes, siempre existen expectativas diferentes que deberán encontrar su vértice.

Los antecedentes de las APP en otros países resultan notables, al corresponder a una verdadera política de industrialización mundial a mediano y largo plazo, con el fin de promover procesos de inversión, financiados principalmente con recursos privados, lo que ha sido recomendado por expertos para el desarrollo no sólo de América Latina. Las asociaciones público privadas se han venido desarrollando en el mundo a través de diferentes instrumentos de gestión contractual, por ejemplo en Brasil, Chile y México los contratos APP adoptan la figura del contrato de concesión, mientras que por ejemplo en Colombia la concesión es apenas uno de los contratos a través del cual se podría desarrollar una APP. El país que más tradición tiene en este tema, es el Reino Unido al ser el promotor de la figura denominada. Así mismo, Los principales adelantos en fórmulas de colaboración público privada han tenido sus bases en el Derecho anglosajón, no obstante los aportes de otras latitudes.

En Colombia es de conocimiento general los avances que trajo de la mano la Constitución Política promulgada en 1991, en atención a los nuevos espacios de participación privada que fueron abiertos, lo cual fue coherente con la racionalización de la participación del Estado en la economía, conforme lo establecido en el artículo 334, sobre lo cual existe jurisprudencia importante. A pesar que a primera vista podría pensarse que hay poca novedad en la regulación APP atendiendo a las experiencias contractuales en sectores como el eléctrico que implicaron alianzas público privadas en el pasado reciente e incluso experiencias en convenios de cooperación con entidades sin ánimo de lucro, las APP presentan un cambio.

Algo fundamental en el modelo de contratación existente en Colombia, al introducirse un instrumento de gestión singular y de aplicación excepcional, principalmente para el caso de las APP de iniciativa privada. Hay que tener en cuenta que el estado colombiano a través de sus entidades públicas, adopta desde antaño sus decisiones inversoras sociales dejando en la mayoría de las ocasiones a un costado el concepto de oportunidad; se trata de un modelo de

contratación reactivo ante las necesidades públicas, que marginaba e impedía la posibilidad de acudir a un modelo proactivo de gestión, (Ramió, C.2009) que aprovechará oportunidades, quedando así el principio de eficiencia sin soporte alguno. Incluso, este mismo modelo de gestión contractual ha convertido los procesos de contratación al interior de las entidades públicas, en agendas de desarrollo y estructuración de proyectos mecánicos y formalistas, propios de un modelo operativo, que simplemente busca la suscripción del contrato como principal objetivo perseguido, cuando el fin debe ser, sin lugar a dudas diferente. Es preciso indicar que tal y como lo establece el artículo 1° de la Ley 1508 de 2012, las asociaciones público privadas se “materializan en un contrato”³, es así que las APP no corresponden a una nueva tipología contractual, sino a un marco dentro del cual podrán desarrollarse diversas especies contractuales, dentro de las que se encuentra por ejemplo, las concesiones de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la mencionada Ley. Se puede hablar entonces de un género, formulación o modelo marco dentro del cual caben varias figuras contractuales concretas, pero con características esenciales que realmente representan novedad legislativa, tal y como lo exponemos a continuación. Una simple lectura del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, que determina el “Ámbito de aplicación”, podría generar inmediatas dudas sobre la necesidad de su regulación pues no pareciera aportar a simple vista nada diferente, al enunciar actividades que se han desarrollado en diversos procesos de contratación.

Las características y elementos esenciales de las APP Con el fin de avanzar en la comprensión del tema en cuestión, consideramos relevante limitar el estudio al análisis diferenciado y especial de las APP de iniciativa privada, pues en ellas, se encuentra la verdadera novedad en materia de gestión pública. 2.1. Características esenciales de la APP de iniciativa privada: • Estructuración privada del proyecto. • Vinculación mayoritaria de capital privado, cumpliendo límites mínimos legales de inversión. • Disponibilidad y cumplimiento de estándares de calidad y servicio como condición de remuneración. • Carácter excepcional: Aplicación sólo cuando se demuestre mayor eficiencia frente a otros modelos de

contratación - Aplicación metodología del Comparador Público-Privado. • Encargo a un particular de determinadas actividades previstas por el Legislador. • Adecuada asignación de riesgos, que en concordancia con las características enunciadas anteriormente, para el caso de las APP de iniciativa privada, desde un punto de vista apenas lógico, quedarán en su mayoría en cabeza del inversor privado.

3. ARTICULO 1 DE LA LEY 1508 DEL 2012

DEFINICION El documento CONPES 3615 de 2009, “una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes.

Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento”⁴.

EJEMPLOS DE ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS

“EN OCTUBRE EL IDU ENTREGARÁ LOS RESULTADOS DE LA EVALUACIÓN A LA APP QUE CONSTRUIRÍA LA ALO EN EL TRAMO SUR.

MARCO LEGAL

CONPES 3760 “El desarrollo de infraestructura vial en el país con vinculación de participación privada, se remonta a mediados de la década de los años 90, con el lanzamiento de la primera generación de concesiones viales. Desde entonces, la participación privada en infraestructura vial se ha mantenido, producto de la oferta de proyectos a través de los programas de segunda y tercera generación de concesiones que buscaron recoger los aciertos alcanzados y mejorar algunos aspectos presentados durante la ejecución de los contratos. Este documento presenta los lineamientos de política del programa de cuarta generación de concesiones viales (4G), dirigido a reducir la brecha en infraestructura y consolidar la red vial nacional a través de la conectividad continua y eficiente entre los centros de producción y de consumo, con las principales zonas portuarias y con las zonas de frontera del país. Los lineamientos se resumen en cuatro componentes principales: Estructuración eficaz para la aceleración de la inversión en infraestructura; procesos de selección que promuevan participación con transparencia; gestión contractual enfocada a resultados; y distribución de riesgos en el programa. Estos lineamientos serán utilizados en la estructuración, contratación y ejecución de los proyectos de los corredores viales que se priorizan en este documento”⁶

-CONPES 3800:

La vivienda como servicio de alojamiento es considerada un bien meritorio, esto es, un bien socialmente deseable para todos, y por ello la Constitución Política de Colombia establece el derecho a la vivienda digna y define que es función del Estado garantizar condiciones adecuadas para hacer efectivo dicho derecho. El objetivo de la política de vivienda para el cuatrienio (2010-2014) era construir un millón de viviendas nuevas a través de una visión integral de desarrollo urbano. Ley 1508 del 10 de enero de 2012.

4. Ministeriodehacienda.gov.com/ consejo nacional de política económica y social.

Decreto 1467 del 6 de julio de 2012 “Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012”.

Decreto 100 de 25 de enero de 2013 “Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012”. Decreto 301 de febrero 17 de 2014, “Por el cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012”.

Derecho a retribuciones en proyectos de Asociación Público Privada. En los proyectos de Asociación Público Privada el derecho del asociado privado a recibir retribuciones está condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad. En los contratos para ejecutar dichos proyectos podrá pactarse el derecho a retribución por etapas, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial.

Decreto 1553 de agosto 15 de 2014, “Por medio del cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012”.

Decreto 1610 de 30 julio de 2013 “Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012.”

Decreto 2043 de 15 de octubre de 2014, “Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012”.

Decreto 063 de 2015.

Las 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, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura.

Ley 1150 de 2007:

La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

1. Licitación pública. La escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del presente artículo.

Cuando la entidad estatal así lo determine, la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa, en las condiciones que fije el reglamento.

Ley 80 de 1993:

La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

¿En qué contratos se puede utilizar la figura de la asociación público privada?

Construcción de una infraestructura, reparación, mejoramiento o equipamiento, También podrá versar sobre infraestructura para la prestación de servicios.

¿Cuáles son las principales diferencias existentes entre la concesión y una Asociación Público Privada?

Régimen de concesiones	Régimen Ley 1508 de 2012
No hay lugar a iniciativa privada. La retribución puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, entre otras posibilidades.	Pueden ser de iniciativa pública o privada. La remuneración está condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto. Lo anterior implica que deben incluirse indicadores de calidad para medir el desempeño del contratista

¿Cuál es el plazo máximo para la ejecución de proyectos de Asociación Público Privada?

El artículo 6º de la Ley 1508 de 2012 señala que “los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, tendrán un plazo máximo de treinta (30) años”⁷

¿Sobre qué proyectos no se pueden presentar iniciativas privadas?

El artículo 19 del Decreto 1467 de 2012, establece que no podrán presentarse iniciativas privadas sobre proyectos:

1. Modifiquen contratos o concesiones existentes.
2. Soliciten garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros Fondos Públicos, superiores a los establecidos en la Ley 1508 de 2012.
3. Para los cuales la entidad estatal haya adelantado la estructuración, y en consecuencia: i) Cuente con los estudios e informes de las etapas de pre factibilidad y factibilidad del proyecto, y ii) Según el caso:

7. artículo 6º de la Ley 1508 de 2012

- a) Tratándose de proyectos cuyo monto estimado de inversión sea superior a 500.000 SMMLV: La entidad estatal haya elaborado y publicado en el Secop los pliegos de condiciones definitivos para la contratación del proyecto de asociación público privada;
- b) Tratándose de proyectos cuyo monto estimado sea inferior a 500.000 SMMLV: La entidad estatal haya contratado la estructuración del proyecto o se encuentre vigente la resolución de apertura del proceso de selección para la contratación de la estructuración.

¿Qué es el Registro único de Asociaciones Público Privadas - RUAPP?

Es un registro público, en el que se incorporarán los proyectos que el Gobierno Nacional o las entidades territoriales consideran prioritarios; los proyectos de Asociación Público Privada en trámite tanto a nivel nacional y territorial, su estado de desarrollo, los que han sido rechazados. El encargado de administrar la operación del RUAPP es el Departamento Nacional de Planeación.

¿Qué requisitos se deben cumplir para presentar un proyecto de iniciativa privada en etapa de factibilidad?

1. Originador del proyecto:

2. Documentos que acrediten su capacidad financiera o de potencial financiación, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.
3. Documentos que acrediten la experiencia en inversión o de estructuración de proyectos para desarrollar el proyecto, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.
4. Proyecto: Nombre definitivo, ubicación geográfica y descripción detallada del proyecto y sus fases.
5. Diagnóstico definitivo que describa la forma mediante la cual se satisface la necesidad mediante la provisión del bien o servicio público.
6. Identificación de la población afectada y la necesidad de efectuar consultas previas.
7. Evaluación costo-beneficio del proyecto, analizando el impacto social, económico y ambiental del proyecto sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.
8. Descripción del servicio que se prestaría bajo el esquema de Asociación Público Privada.
9. Terreno, estudio de títulos, identificación de gravámenes, servidumbres y demás derechos que puedan afectar la disponibilidad del bien.

¿Ante qué entidad se debe justificar la utilización del mecanismo de Asociación Público Privada como modalidad de ejecución para el desarrollo del proyecto?

La entidad estatal presentará para concepto previo favorable al Departamento Nacional de Planeación o a la entidad de planeación respectiva en el caso de entidades territoriales, de conformidad con los parámetros que el Departamento Nacional de Planeación establezca, la justificación de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada como modalidad de ejecución para el desarrollo del proyecto.

¿Cuál es el procedimiento que debe adelantar la entidad cuando el proyecto no requiere desembolsos de recursos públicos?

La entidad deberá publicar en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por el término de 2 meses, el cual podrá prorrogarse a solicitud de los interesados, si la entidad estatal competente lo estima conveniente hasta por 4 meses más. Transcurrido el plazo de la publicación sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas.

Marco Normativo desde la Constitución Política de Colombia.

La Constitución Política ofrece diferentes alternativas que permiten el financiamiento de gran variedad de obras y de servicios públicos y por ello el Artículo 365 de nuestra constitución donde claramente se dice que “prevalecerá la prestación o generación de los servicios públicos como parte fundamental e inherente a la finalidad”⁸ de la cual nos habla el preámbulo de la constitución y el artículo primero donde se dice que “Colombia es un estado social de derecho”⁹, este régimen jurídico es quien permite que se preste estos servicios por parte del estado ya sea directa o indirectamente, ese servicio lo prestara las comunidades organizada o los particulares según el caso de la misma manera el artículo 48 de nuestra constitución establece como un servicio público de carácter obligatorio la prestación de la seguridad social.

La carta constitucional en su artículo 60 señala que “el estado puede enajenar la participación en una empresa”⁹. El artículo 355 de nuestra constitución señala que “los municipios el departamento y la nación podrán celebrar contratos con entidades privada sin ánimo de lucro siempre y cuando cumplan con los requisitos de idoneidad y se cumpla el principio constitucional que estas actividades deben

ser para brindar un beneficio general y ser de interés público”¹⁰, bajo este articulado constitucional se expide la ley 1508 / 2012 por lo cual busco definir en el ordenamiento jurídico colombiano la forma de establecer un régimen para la asociaciones público privadas.

9 .ARTICULO 60 DE LA CONSTITUCION POLITICA

10. ARTICULO 355 DE LA CONSTITUCION POLITICA

Derechos Humanos

Definición:

Los derechos humanos se basan en el principio de respeto por el individuo. Su suposición fundamental es que cada persona es un ser moral y racional que merece que lo traten con dignidad. Se llaman derechos humanos porque son universales. Mientras que naciones y grupos especializados disfrutan de derechos específicos que aplican sólo a ellos, los derechos humanos son los derechos que cada persona posee (sin importar quién es o dónde vive) simplemente porque está vivo.

La libertad de expresión y creencia y tal vez uno o dos más. No hay duda de que estos derechos son importantes, pero el alcance de los derechos humanos es muy amplio. Significan una elección y una oportunidad.

Los derechos Humanos desde punto de vista de la corte constitucional en Colombia.

El derecho fundamental del contrato de prestación de servicios se da por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las

siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

“Sentencia C-050/15 Corte Constitucional Colombiana – Primer Instancia – Acción Pública de Inconstitucionalidad. Autor Ana María Moncada Zapata – Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C. 11 febrero 2015.

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

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

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

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

INTERVENCIONES

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

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

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

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

El Ministerio continua su intervención para subsidiariamente defender de fondo el párrafo del artículo 8, en caso de que la Corte encuentre una duda razonable para examinar la norma demandada.

A juicio del Ministerio es evidente que lo consagrado en el artículo demandado y el sentido del mismo no indica otra cosa sino que la ley excluye del ámbito de la aplicación de la norma a las entidades de la lista, siempre que cumplan con la última condición expuesta, es decir, cuando obren como contratantes.

Considera que las actoras ponen toda su atención en la primera parte del párrafo omitiendo el resto de su contenido, especialmente las condiciones de que estas *“entidades desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados y cuando obren como contratantes”*, razón por la cual se presenta según las demandantes el desacuerdo respecto de las diversas interpretaciones

que señalan en la acción pública. Para el Ministerio es claro que la ley determina las entidades excluidas de participar dentro de los contratos de APP como oferentes o contratistas, esto es, la ley las excluye como contratantes, teniendo como criterio el “*capital público que conforman estas empresas*”.¹¹

10. Sentencia C-050/15

VII. CONCLUSIONES

La finalidad del análisis de este proceso contractual relativamente nuevo dentro de los esquemas de desarrollo y que obedece a las necesidades con las que hoy cuenta el estado colombiano en todo lo concerniente a infraestructura y servicio públicos hace necesario la implementación de grandes estrategias para poder alcanzar las metas trazadas por los gobiernos actuales; como métodos estratégicos han buscado modernizar aquellas herramientas para llevar a las entidades territoriales a un mejor desempeño y así poder cumplir con uno de los fines del estado como es el la búsqueda del bienestar social, que sin lugar a dudas es algo que revolucionó la contratación y que permite o da apertura a la intervención de dinero del sector privado, eso hace más fácil que las entidades con poca capacidad económica puedan tener crecimientos en infraestructura más visibles y así poder salir de ese atraso que cada vez era mucho mayor frente a otros países que dieron inicio con mucha anticipación y que esa decisión les ha permitido ser más futuristas.

Nosotros damos inicio a principios de los años 90, pero no se había logrado reglamentar de una manera eficaz que le diera una libre y adecuada aplicación en

el régimen administrativo. El punto de partida de este análisis fue el de conocer cuál ha sido la suerte de las asociaciones público privadas APP, es por eso que mostramos porque la constitución y todo su marco normativo ha dado legitimidad en su creación para convertirse en instrumento esencial que permita planificar y dar vida a proyectos que tengan un alto impacto en las comunidades y que por motivos financieros se encuentren en un limbo desconocido. Este análisis deja como gran conclusión que se requiere la participación de todos los sectores pues lo que se desea es poder emprender la iniciativa de financiar y empoderar a la sociedad misma, tendrán que ser las asociaciones público privadas las que se conviertan en ese motor capaz de oxigenar e impulsar el desarrollo de toda un país, de seguro se hará necesario la toma de grandes decisiones y una de ellas será llevar a cabo un replanteamiento sobre su aplicabilidad, pues tendrá que ir de la mano con la promoción y prevención de la violación de los derechos humanos ya que el estado deberá aprovechar el momento trascendental en el cual hoy se encuentra socialmente así mismo poder planificar la reconstrucción de crear entidades territoriales más organizadas y con una mejor prestación de servicios públicos para todos los ciudadanos; es aquí donde los particulares pueden presentar una clara expresión de cómo quieren transformar su estado, en favor de hacer de la gestión pública, una labor dinámica que responde a las condiciones que enmarcan un desarrollo sostenible.

Entendiendo de esta manera y considerando que es un proceso cuyos resultados se presentan proporcionalmente a largo plazo, es pertinente realizar acciones de investigación desde el derecho administrativo para poder ofrecer otras posibilidades que generen una diversidad de alternativas de inversión de recursos con destino a ser invertido en el estado y le permitan prever y ajustar la implementación de esquemas de cooperación entre el sector público y el privado. Es un gran paso que se da hacia la modernización del estado en lo administrativo y financiero, pero el ser humano y en especial los gobiernos deben ir cada vez más allá de lo esperado, deben ser creativos y garantizar la búsqueda de un mejor estado, tendrá que ir acompañada naturalmente de algo incalculable y real para

todos los hombres y esto es el respeto por esa dignidad humana que viene acompañada de algo fundamental llamado derechos humanos y es aquí cuando encontramos el verdadero análisis de esa gran pregunta, ¿es acaso la ley 1508 que se creó como un instrumento para la modernización del estado?

El ciudadano tendrá que ser permanentemente una gran corte de observación, tendrán la tarea de hacer control ciudadano y prestará estricta vigilancia para que no se violen estos derechos humanos en el desarrollo de los procesos de ejecución del proyecto. Estos instrumentos utilizados cada vez con más frecuencia y sin medir consecuencia humana no son más que estrategias gubernamentales para poder alcanzar un deseo caprichoso y que si bien es cierto busca fines sociales de interés colectivo o pretenden dar un beneficio al inversionista quién busca en contraprestación de su inversión hacer lo que sea necesario para poder lograr un objetivo, es aquí cuando estos procesos contractuales rompen la libertad de los seres humanos o grupos vulnerables, las asociaciones público privadas llevan a terminar con esa paz y ese equilibrio con el entorno social de los habitantes pues pudimos ver que por su valor y tiempo de desarrollo son proyectos de gran envergadura. Así el fin del estado rompe y culmina con los principios de libertad e igualdad, así como el de tener una propiedad para el uso y el goce de ella.

Es por eso que estos mecanismos de modernización del estado también han traído consigo una fórmula para hacer más fácil y menos evidente la vulneración de los derechos humanos. Es alentador encontrar estrategias estatales e internacionales que busquen la protección de un derecho que tenemos todos desde el momento de nacer y que es vivir en sociedad, celebró el hecho que existan mecanismo e instituciones que estén dedicados a dar a conocerle al mundo que los derechos humanos no son un mito, que son reales que verdaderamente existe y que está en manos de los operadores jurídicos el respaldar, garantizar y hacer que cada vez sean menos los gobiernos que permitan que se vulneren estos derechos.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- OBSERVATORIO LEGISLATIVO- INSTITUTO DE CIENCIA POLÍTICA, BOLETÍN NO. 197 FEBRERO -2012.
- ASOFIDUCUARIA 2013- CARTILLA DE ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS APP.
- DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN NACIONAL 2013.
- [HTTP://WWW.MINHACIENDA.GOV.CO/PORTAL/PAGE/PORTAL/HOMEMINHACIENDA/ELMINISTERIO/NORMATIVAMINHACIENDA/DECRETOS/2014/PYTO_MODIF_DCTO_1467_2012%20_V_10_DE_FEBRERO](http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/homeminhacienda/elministerio/normativaminhacienda/decretos/2014/pyto_modif_dcto_1467_2012%20_v_10_de_febrero).
- [HTTP://WWW.CORTECONSTITUCIONAL.GOV.CO/RELATORIA/2015/C-050-15.HTM](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-050-15.htm).
- [HTTP://WWW.PROCURADURIA.GOV.CO/PORTAL/MEDIA/FILE/CARTILLA1.PDF](http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/cartilla1.pdf).
- [HTTP://WWW.ALCALDIABOGOTA.GOV.CO/SISJUR/NORMAS/NORMA1.JSP?I=304](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/norma1.jsp?i=304).

- [HTTP://WWW.SECRETARIASENADO.GOV.CO/SENADO/BASEDOC/LEY_1150_2007.HTML](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html).
- [HTTP://WP.PRESIDENCIA.GOV.CO/SITIOS/NORMATIVA/DECRETOS/2015/DECRETOS2015/DECRETO%20063%20DEL%2014%20DE%20ENERO%20DE%202015.PDF](http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/decretos/2015/decretos2015/decreto%20063%20del%2014%20de%20enero%20de%202015.pdf).
- [HTTP://REPOSITORY.UNIMILITAR.EDU.CO/BITSTREAM/10654/12167/1/ENSAYO%20APP%20-%20FINAL.PDF](http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/12167/1/ENSAYO%20APP%20-%20FINAL.PDF).
- TEMA DE DERECHO PENAL Y VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS DE VICTOR MANUEL QUINTERO – EDITOR – COORDINADOR.
- COLECCIÓN DE DERECHO CONSTITUCION No. 1 – DERECHOS HUMANOS Y ESTADO CONSTITUCIONAL AUTORES MARY GENITH VITERI, DIEGO ANDRADE ARMAS, PROLOGO POR DR. JOSE AGUILO REGLA.
- BUEN GOBIERNO Y DERECHOS HUMANOS – ALBERTO CASTRO EDITOR. ADMINISTRACION PÚBLICA DEL PERU.
- ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS –APP – EN INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN - DIRECCIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y ENERGÍA SOSTENIBLE.
- ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS UNA VISIÓN HACIA EL FUTURO POR GUILLERMO R. ALBORTA, CLAUDIA STEVENSON, SERGIO TRIANA.
- LA FIDUCIA: UNA HERRAMIENTA EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS - [WWW.ASOFIDUCIARIAS.ORG.CO](http://www.asofiduciaras.org.co).

