



LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS INSTITUCIONALES EN COLOMBIA

EDISON ERAZO CHAPID

Trabajo de Grado para Optar al Título en Magíster en Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C.

2017



LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS INSTITUCIONALES EN COLOMBIA

EDISON ERAZO CHAPID

Trabajo de Grado para Optar al Título en Magíster en Derecho Administrativo

Director

Dr. JUAN MANUEL URUETA ROJAS

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTA D.C.

2017

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS.....	9
INTRODUCCIÓN	10
PARTE PRIMERA: CONCEPTUAL- HISTORICO DESCRIPTIVA	15
CAPITULO I: CONCEPTOS Y EVOLUCION HISTORICA.....	16
1. UN LIGERO CONCEPTO DE APP	21
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS APP’S.....	24
2.1. <i>El Modelo PFI En Gran Bretaña</i>	<i>25</i>
2.2. <i>Funcionamiento Del PFI</i>	<i>26</i>
2.3. <i>La Tercera Vía</i>	<i>32</i>
CAPITULO II: UN AMPLIO CONCEPTO: APP	35
1. APP EN SU FUNCIONAMIENTO.....	36
1.1. <i>APP Contractual</i>	<i>37</i>
1.2. <i>APP Institucional</i>	<i>37</i>
2. APP EN EL MUNDO.....	39
2.1. <i>App Contractual En El Mundo</i>	<i>39</i>
2.2. <i>App institucional en el mundo.....</i>	<i>43</i>
3. TIPOLOGÍAS APP EN EL MUNDO.....	44
3.1. <i>O&M:.....</i>	<i>44</i>
3.2. <i>OMM:.....</i>	<i>50</i>
3.3. <i>DB: Diseño y Construcción.....</i>	<i>51</i>
3.4. <i>DBM: Design- Build- Mantenimiento</i>	<i>52</i>
3.5. <i>DBO: Design- Build –Operate</i>	<i>53</i>
3.6. <i>DBOM : Design- Build- Operate- Management.....</i>	<i>54</i>
3.7. <i>DBFOM: Diseño, Construcción, Financiación, Explotación y Mantenimiento</i>	<i>57</i>
3.8. <i>DBFOMT: Diseño- Construcción- Financiación- Explotación- Transferencia y Mantenimiento...58</i>	
3.9. <i>BOT: Diseño- Explotación y Transferencia.....</i>	<i>59</i>
3.10. <i>BOO: Build -Own –Operate</i>	<i>59</i>
PARTE SEGUNDA - JURÍDICO ANALÍTICA.....	61
CAPITULO I: APP Y EL MODELO INTERNACIONAL.....	62
1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN REINO UNIDO	62
1.1. <i>Parámetros.....</i>	<i>62</i>
1.2. <i>Análisis De La Implementación Legislativa Del Modelo APP En Reino Unido</i>	<i>66</i>
1.3. <i>Análisis Del Marco Normativo Para Las APP En Reino Unido</i>	<i>68</i>
2. LOS CONTRATOS JOINT VENTURE	74
2.1. <i>Joint Ventures</i>	<i>74</i>
2.2. <i>Joint Venture contractuales</i>	<i>74</i>
2.3. <i>Joint Venture Corporativo- APP Institucional</i>	<i>75</i>

3.	CASOS PRACTICOS JOINT VENTURE CORPORATIVE.....	75
3.1.	<i>Royal London and Barts - 2006 Londres.....</i>	75
3.2.	<i>London underground PPP - Inglaterra.....</i>	77
3.3.	<i>Progetto BUL Lombardia.....</i>	79
3.4.	<i>Wasser Berlín - Alemania.....</i>	82
3.5.	<i>Shetland Shefa proyecto 2 Interconnect – infraestructura de redes.....</i>	83
4.	CARACTERÍSTICAS DEL JOINT VENTURE CORPORATIVO.....	84
4.1.	<i>Clases de Joint Ventures.....</i>	85
4.2.	<i>Constitución y Formas Legales De JVCo.....</i>	88
4.3.	<i>Aportes JVCo.....</i>	95
4.4.	<i>Estrategias de salida de un JVCo.....</i>	99
5.	SOBRE EL PROYECTO DE CREACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA (JVCO).....	101
5.1.	<i>Proceso De Selección Del Socio Privado.....</i>	103
5.2.	<i>Razones y Objetivos Generales.....</i>	104
5.3.	<i>Captura de Capital Privado y Financiación.....</i>	105
5.4.	<i>Establecer la Ruta de Mercado.....</i>	105
5.5.	<i>Gestión de Programas de Prestación de Servicios.....</i>	105
5.6.	<i>Identificación De Roles.....</i>	106
6.	FACTORES PARA EL ADECUADO USO DE LA EMPRESA MIXTA (JVCO).....	107
6.1.	<i>Propósito del proyecto.....</i>	107
6.2.	<i>Objetivos Complementarios.....</i>	107
6.3.	<i>Riesgos y Beneficios Compartidos.....</i>	107
6.4.	<i>Entidad Estatal y Gobierno Corporativo.....</i>	107
6.5.	<i>Gestión y Control.....</i>	108
6.6.	<i>Identidad Legal Separada.....</i>	108
6.7.	<i>Acceso a la financiación.....</i>	108
6.8.	<i>Flexibilidad.....</i>	109
6.9.	<i>Alternativas de salida.....</i>	109
6.10.	<i>Conservación De Las Ganancias.....</i>	109
6.11.	<i>El Acceso a Las Habilidades.....</i>	110
6.12.	<i>Incentivos.....</i>	110
6.13.	<i>Marcas.....</i>	110
7.	PUESTA EN MARCHA DEL PROCESO DE CREACIÓN DE UNA JVCo.....	110
7.1.	<i>Consideración.....</i>	111
7.2.	<i>La Planificación Inicial.....</i>	111
7.3.	<i>Auto Examinación Del órgano Público.....</i>	111
7.4.	<i>Valoración De La Opción.....</i>	111
7.5.	<i>Planificación Detallada.....</i>	112
7.6.	<i>Análisis Del Negocio, Los Proyectos y Su Respectiva Planificación, a Partir Del Caso Concreto.....</i>	113
7.7.	<i>Selección Del Socio De Riesgo Compartido (Partner).....</i>	113
7.8.	<i>Lanzamiento y Gestión De La Empresa JVCo.....</i>	114
8.	PROBLEMAS QUE PUEDEN SURGIR EN LA EMPRESA (JVCO) APP INSTITUCIONAL.....	115
8.1.	<i>Asumir Los Riesgos.....</i>	115
8.2.	<i>La No Transferencia de Riesgos Al Sector Privado.....</i>	117
8.3.	<i>Omisión de Consideraciones.....</i>	117
8.4.	<i>Desviación de intereses.....</i>	117

8.5.	<i>Proposición de Soluciones a Problemas Inexistentes</i>	118
8.6.	<i>Potestades</i>	118
9.	COMPETENCIAS	119
10.	FINANCIACIÓN, BIENES Y RECURSOS DE LA EMPRESA	119
10.1.	<i>Fuentes de financiación</i>	119
10.2.	<i>Bienes de la Empresa</i>	121
10.3.	<i>Activos materiales</i>	122
10.4.	<i>Venta de activos materiales</i>	122
10.5.	<i>Derechos de propiedad intelectual</i>	123
10.6.	<i>Personal</i>	123
11.	LIMITED LIABILITY PARTNERSHIP (LLP) – SICIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA	124
11.1.	<i>Historia</i>	124
11.2.	<i>Concepto y Funcionamiento</i>	124
11.3.	<i>Objeto de Conformación De Una LLP</i>	126
11.4.	<i>Fundamentos De Una Sociedad De Responsabilidad Limitada</i>	127
11.5.	<i>La Conformación De Sociedades De Responsabilidad Limitada</i>	128
11.6.	<i>Acuerdo De Asociación De Sociedad De Responsabilidad Limitada</i>	128
11.7.	<i>Liquidación De Una Sociedad LLP</i>	129
11.8.	<i>Pedido De Quiebra Contra Un Socio Limitado</i>	129
CAPITULO II: IMPLEMENTACION DEL MODELO EN COLOMBIA		130
1.	EL CONCEPTO EN LA LEY 1508 DE 2012	130
2.	OBSERVACIONES A LA LEY 1508/2012	133
3.	DEFINICIÓN LEGAL Y ALCANCE DE LAS APP’S PARA COLOMBIA	136
4.	LA INCLUSIÓN EN EL MODELO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA ACTUAL	137
5.	EL SOFT LAW, EL DERECHO CIVIL Y LA INTERPRETACION HERMENEUTICA COMO AVANCE EN LAS APP’S INSTITUCIONALES EN COLOMBIA.	167
6.	LAS APP INSTITUCIONALES EN COLOMBIA SON UN CONCEPTO AMPLIO E INDETERMINADO	174
A MANERA DE CONCLUSIÓN		177
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		182

TABLA DE GRAFICOS

1. ESQUEMA APP EN EL MUNDO	38
2. MODELO APP EN COLOMBIA	128

CARTA DE CALIFICACIONES

LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS INSTITUCIONALES EN COLOMBIA

EDISON ERAZO CHAPID

DIRECTOR: DR. JUAN MANUEL URUETA

CALIFICADOR

CALIFICADOR

CALIFICADOR

Dedicatoria...

Este trabajo de grado, se lo dedico con mucho amor en primer lugar a mis padres y hermanos, quienes me han apoyado en toda mi carrera, gracias a ellos he podido alcanzar muchas metas tanto personales como profesionales.

Le agradezco a Dios por iluminarme, haberme dado esta gran oportunidad de seguir con mi formación profesional y humana, gracias por darme tantas cosas que han permitido marcar un satisfactorio camino en mi vida.

Por último, pero no menos importante, le dedico este trabajo a mis compañeros de Maestría, pues de ellos también aprendí grandes enseñanzas, son personas increíbles, gracias por su conocimiento y buenos momentos compartidos en esta agradable experiencia.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer en primer lugar a este Colegio Mayor, Universidad Del Rosario, y la Facultad de Jurisprudencia por brindarnos una formación con alto grado de excelencia, al Doctor Manuel Restrepo Medina por el apoyo recibido en diferentes aspectos a lo largo del programa.

Le agradezco nuevamente a mi familia por impulsarme a seguir adelante con esta hermosa carrera, y por ayudarme siempre a seguir el camino correcto aunque parezca difícil.

Le agradezco de igual forma a mi asesor de tesis Dr. Juan Manuel Urueta Rojas por su exigencia, colaboración y conocimiento a lo largo de este trabajo, por la comprensión que siempre tuvo y por el profesionalismo que refleja su labor, ya que sin esto no hubiera sido posible concluir este trabajo de grado.

Le agradezco a mis compañeros y amigos, con quienes compartí excelentes momentos, e incluso forje lazos de amistad que me llevaré el resto de mi vida, a todos ustedes mil y mil.

¡Gracias!

INTRODUCCIÓN

A raíz de la globalización y el implemento de nuevas formas para crear, desarrollar políticas públicas y dar cumplimiento a muchos retos de la Administración pública, los Estados han evolucionado en diferentes aspectos y medidas para llevar a cabo tales obligaciones.

El Estado, y el actual régimen legal colombiano, permiten no solo la gestión de nuevas formas asociativas entre el sector público y el sector privado, que han alcanzado grandes avances y acercamientos en diferentes contextos, sino que también asienten cierto grado de autonomía, para generar y promover de acuerdo a la legalidad, estas asociaciones o convenios entre ambos sectores.

“La economía que ha evolucionado a pasos agigantados en el mundo entero ha impactado en forma positiva gran parte del sector privado”¹, cuya capacidad se ha elevado incluso en mejor manera que la de muchos Estados.

Por otro lado la capacidad en cuanto a especialidad técnica, profesional, tecnológica, administrativa y financiera, también se ve mucho más afianzada y desarrollada en el sector privado, que está por encima de muchos Estados, entonces, a la hora de prestar un servicio público, de crear infraestructuras, de coordinar y realizar proyectos, y en términos generales, cumplir con la actividad administrativa de forma eficiente, eficaz y con resultados productivos, positivos y satisfactorios, podría impulsarse de mejor manera con la experiencia y capacidad de ejecución del sector privado, cuya actividad no solo acondicionaría de una mejor gestión al sector público, sino que se abrirían nuevos objetivos y políticas públicas, como la generación de empleo, la creación de más empresas y un alza en los campos económico, social y administrativo.

¹ Devlin Robert; Moguillansky Graciela “Alianzas público-privadas: para una nueva visión estratégica del desarrollo”, Secretaria General Iberoamericana, Naciones Unidas 2009. Pág. 5, SS

Con esto, la participación privada en asuntos públicos no solo es una opción en el desarrollo económico y administrativo del Estado, sino una necesidad para enfrentar los retos del mundo globalizado y desarrollado con una amplia gama de competencias y exigencias de servicios, obras y proyectos que cumplan con políticas públicas para fortalecer el desarrollo humano y social de la comunidad, no solo Colombiana, Latinoamericana o Mundial, sino también de esas comunidades que emergen del mismo Estado, los distritos, los departamentos y los municipios que ya están desarrollando políticas autónomas en busca de los fines propios de su comunidad.

El avanzado y creciente desarrollo de infraestructuras en países de Europa, es una muestra de la adaptación del modelo, en la participación del sector privado y el Estado de forma institucional en el esquema APP, así, países como Alemania, Italia, Francia y España, habían atravesado un déficit en infraestructura, pero a partir de los años 70's, se comienza a desarrollar una serie de etapas que vinculan el capital privado y conllevan al desarrollo institucional de lo que hoy es APP, sobre todo en el área de infraestructuras de vías públicas, carreteras, andenes e instalaciones para entidades públicas, entre otras, su desarrollo posterior en la década de los 80's y su gran acogida en los 90's hasta el presente.

La política de Private Finance Initiative, que se aplicó en Reino Unido, se expandió y se adoptó en otros países, para ello también se refleja una tendencia a la privatización de sociedades públicas o mixtas en la operación de autopistas de peaje, como ha sido el caso de Francia, Japón e Italia, este fenómeno ha trascendido fronteras y ha sido eventualmente implementado también de alguna forma en América Latina.

Cuando las entidades públicas y administrativas, sin embargo, deciden entrar en acuerdos de riesgo compartido como un enfoque alternativo para la realización de obras o servicios, están dispuestos a tomar un riesgo por parte del sector público, de igual forma para, la empresa privada también existe un peligro a la hora de transferir un capital importante en la creación de una empresa publico privada, por ello es

importante analizar los alcances de esta figura en un contexto internacional y en el contexto colombiano.

La entrada en vigencia de la ley **1508 de 2012** en Colombia, ha generado un sin número de opiniones a favor y en contra, de la puesta en marcha taxativamente en una ley, de asociaciones público privadas, encontrándolas en una regulación necesaria, desde el punto de vista del interés general, y de política pública.

El objetivo del modelo APP es atraer la inversión del sector privado, empresas y contratistas que participan de los proyectos de obras y servicios públicos, pero este vínculo se puede establecer de dos formas, desde el APP Contractual y el APP institucional, Sin embargo, partiendo de la lectura de la ley 1508 de 2012, no es muy clara la intención por parte del legislador de establecer un vínculo institucional, es decir mediante una sociedad entre el sector público y el sector privado, al parecer la intención de la norma es solo establecer, este vínculo de inversión del capital privado mediante figuras contractuales. Y no mediante la creación de una persona jurídica diferente o una Sociedad de Propósito Especial (SPV), así es como también, uno de los objetivos del presente trabajo, será, diferenciar las APP de otros modelos similares, en especial, de las sociedades de economía mixta (SEM), en donde aparentemente su propósito es parecido o incluso hay autores que expresan que las Sociedades de Economía Mixta son iguales a las APP INSTITUCIONALES, en tanto, el presente trabajo no busca promocionar el APP INSTITUCIONAL en Colombia, esta obra busca señalar la eventual posibilidad que tiene el Modelo para existir o no dentro del contexto Jurídico Colombiano.

Se ha tomado como hipótesis, la posibilidad del funcionamiento del **APP INSTITUCIONAL** en Colombia, dentro del marco jurídico actual, más allá de las opiniones de muchos, el presente trabajo busca desde una forma objetiva, plasmar el

modelo **APP INSTITUCIONAL**², en su práctica general, y cumpliendo con el objeto de su funcionamiento.

Utilizando una metodología Jurídico Descriptiva, con análisis de casos en la experiencia internacional, y examinando su adaptación al ordenamiento jurídico colombiano, lo que claramente nos llevará a concluir algunos puntos de vista.

Si bien la adaptabilidad del modelo asociativo público y privado **PPP**³, se ha implementado en muchos países del mundo, esto no quiere decir que su utilización en cualquier caso sea la solución al financiamiento, eficiencia, eficacia, economía, operatividad, disposición y calidad de la obra o el servicio, desde la perspectiva objetiva las buenas prácticas de otras administraciones deben tomarse como un mensaje al debido estudio de un modelo sostenible desde un marco legal sólido.

Por otra parte, el modelo APP, integra un sin número de variables en su vinculación al modelo jurídico de un determinado marco legislativo y jurídico, pero su concepto es sumamente amplio, con esto, su alcance debe ser previsto tanto en su parte conceptual, como en su accionar.

En el presente escrito se busca no solo examinar conceptualmente la ley 1508 de 2012, como sus decretos reglamentarios, sino también, busca observar el funcionamiento del modelo APP en el mundo, haciendo un especial énfasis en el **APP INSTITUCIONAL**⁴, del cual emerge en gran parte la finalidad conceptual y practica del

² DNP COLOMBIA, “Guía de Asociaciones Público Privadas – Introducción y Presentaciónasociaciones Publico Privadas”, concepto traducido al español del inglés public private partnership (PPP), Junio de 2014. Pág. 8 SS

³ Concepto: Public private partnership (PPP), Un amplio concepto en donde se caracteriza acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública. Eddy Declercq The Concept of Public-Private Partnerships: “Terra et Aqua – Number” 75 – June 1999, Pag. 24

⁴ Concepto: Asociaciones Publico Privadas de carácter institucional. Gran parte del componente del concepto de APP es el Referente a la asociación real entre el sector particular y el sector público, diferente de la forma netamente contractual: “¿Existen mecanismos de asociación público privada por fuera de la ley 1508 de 2012?” Artículo publicadas por José Vicente Blanco r. a la/s 9:28 a. m. Blanco Rengifo Abogados.

sistema PPP original, que se puede confundir con el funcionamiento, por ejemplo, de las sociedades de economía mixta

Además, tendiente un poco a ahondar más en la figura del APP en general, pero sobre todo desde su parte INSTITUCIONAL, se pretenden desarrollar algunos modelos operativos como las sociedades de propósito especial de inversión, y las llamadas sociedades de responsabilidad limitada o su concepto en inglés **LLP** (Limited Liability Partnerships), y su eventual funcionamiento en Colombia.

La experiencia internacional nos arroja un sin número de posibilidades legales para comprender el modelo tanto contractual como institucional y aplicarlo según el ordenamiento jurídico local de cada Estado, sin embargo el modelo requiere de implementar ciertas bases y mecanismos para ponerlo en marcha de manera correcta.

De esta forma el objetivo de fondo del presente trabajo es marcar una línea en la investigación de Asociaciones público Privadas en Colombia, tomando como horizonte las prácticas internacionales, y analizando figuras jurídicas como el Joint Venture Corporativo, en funcionamiento, dentro del marco jurídico y legal colombiano, examinando las ventajas y desventajas que conlleva el ejercicio del modelo APP INSTITUCIONAL en Colombia.

PARTE PRIMERA: CONCEPTUAL- HISTORICO DESCRIPTIVA

CAPITULO I: CONCEPTOS Y EVOLUCION HISTORICA

Public private partnerships (PPPs), o su traducción en español Asociaciones Publico Privadas APP, han sido sin duda una herramienta cada vez más popular de la provisión de infraestructura a nivel mundial, en algunos países, con un éxito consolidado, en otros ha sido una mala experiencia de las últimas dos décadas. El uso preferencial de la financiación privada, la infraestructura, acuerdos contractuales muy complejos, paquetes de entrega y los nuevos supuestos de gobierno, todos, han respaldado las promesas de una mayor eficiencia económica y la entrega a tiempo de obras y cumplimiento de servicios eficientes y de calidad.

“APP ha sido un modelo innovador en las administraciones actuales”⁵, aunque el termino y su nacimiento emerge hace varios años, su objeto es el desarrollo de proyectos y obras, concernientes a cumplir con la función administrativa y con las garantías estatales, prometiendo esencialmente, una nueva "disciplina" en el gobierno, por lo que es oportuno examinar el papel que alteran mecanismos de transparencia y rendición de cuentas.

APP'S han sido más populares en el Reino Unido con más de 1.000 proyectos de infraestructura, en Canadá, en los EE.UU, y en Australia, también se han introducido en muchos países europeos, entre ellos España, Alemania, los Países Bajos y Dinamarca, con esto, también están incursionando en Latinoamérica desde hace varios años, en México, Chile entre otros y por supuesto también en Colombia.

Se observa como el modelo APP o (PPP, sus siglas en Ingles), ha protagonizado el desarrollo de infraestructuras y otros campos públicos, desde hace ya varias décadas en Europa, muestra de ello es el caso Francés que trascendió por la

⁵ United States Government Accountability Office, “Highway Public-Private Partnerships More Rigorous Up Front Analysis Could Better Secure Potential Benefits and Protect the Public Interest”, GAO 2008, Pág 41.

privatización de sociedades para desarrollar lo que sería uno de los principales proyectos de infraestructura en autopistas.

Del año 1955 a 1969 se da el inicio del sistema y la constitución de las primeras empresas de economía mixta distribuidoras

“Sobre la base de la Ley de 18 de abril de 1955 sobre el estado de las carreteras, el Estado pudo conceder la construcción y explotación de tramos de autopista en las sociedades en las que los intereses públicos eran la mayoría. Este período vio el establecimiento, entre 1956 y 1964, cinco empresas mixtas:

Compañía carretera Esterel - Costa Azul, Alpes (ESCOTA) en 1956

Autopistas del Sur de Francia Company (ASF, ex SAVR) en 1957

Autopistas París-Rin-Ródano (APRR, ex SAPL) en 1961

Société des Autopistas París-Normandía (SAPN) en 1963

La Compañía Autopistas del Norte y del Este Francia (Sanef) en 1963”⁶
(Traducción libre del autor).

Si bien es cierto en Francia, el régimen jurídico de participación público y privado se da a conocer oficialmente con el surgimiento de las “SEM (Sociedades de Economía Mixta) se establece principalmente en la ley 83-597 del 7 de julio de 1983”⁷, esta, ha sufrido varias modificaciones en la década del 2000

El gobierno decidió en 1970 otorgar concesiones a empresas de capital privado, formado por contratistas de obras públicas y bancos. Se creó así, entre 1970 y 1973, cuatro empresas privadas:

⁶ Source : Caisse nationale des autoroutes http://www.vie-publique.fr/documents-vp/rn_autoroute.pdf

⁷ Collectivites Locales, Artículo: <http://www.collectivites-locales.gouv.fr/societes-deconomie-mixte-locales-sem1>

“Compagnie Financière et Industrielle des Autopistas (Cofiroute)
 La Sociedad de Autopistas de Rhône-Alpes (AREA)
 La Sociedad de la carretera de la Costa Vasca (ACOBA)
 Société des Autopistas París - Este – Lorena (APEL)”⁸.

La acogida del modelo de participación de entidades privadas para la adjudicación de concesiones, resultó un gran motivante para el sector privado, en general, y aún más con la puesta en marcha de la ley financiera de 1969, en donde se concedían ciertas garantías a los concesionarios por parte del Estado, con ello se atrajo al sector privado a las inversiones en proyectos de infraestructura y demás obras públicas.

A finales de 1985, la fusión de las compañías Sanef y APEL bajo el acrónimo SANEF ha reducido el número total de nueve empresas, a ocho SEM (incluyendo ATMB cuya financiación no estaba asegurada).

Al final de este período, algunas empresas han pagado todos sus inversiones que había concedido el Estado, la evolución de los ingresos de peaje les ha permitido generar resultados excedentes de efectivo.

Con estos acontecimientos, se creó la “Caja Nacional de Autopistas que proporciona la financiación de las SEM”⁹. Cuando la Unión Europea introdujo operaciones para garantizar la transparencia en el sistema de adjudicaciones, con el objeto de buscar la transparencia, Francia, que venía dando buenos resultados, se vio obligado a cambiar sus sistemas de operación que le habían generado buenos resultados, pero aun así, los usuarios tenían elevadas tarifas sobre las obras públicas, y con ello no se garantizaba una eficiencia ideal, estos dos momentos llevaron a una crisis en Europa y sobre todo en Francia, que venía de un buen momento.

⁸ Source : Caisse nationale des autoroutes http://www.vie-publique.fr/documents-vp/rn_autoroute.pdf

⁹ Estudio Corporación Andina De Fomento, “Financiamiento De Las Infraestructuras” 2011, Pág. 13.

La decisión del Gobierno de acelerar la realización del plan de carreteras principal hizo necesaria la adaptación de la estructura de las empresas mixtas para distribuidores de carreteras, así como la redefinición de las relaciones entre el Estado y el sector privado

“Con el fin de asegurar la solidez financiera y la solidaridad de su recapitalización y SEMCAs creación de tres centros regionales equilibradas Los seis mayores SEMCAs (ÁREA, ASF, APRR, ESCOTA SAPN, Sanef), que tenía una capital limitado (28 millones), que fueron objeto de una recapitalización al final, que a su vez fueron dotados con un capital de 1,03 millones de francos, el Estado posee directamente 45% del capital social de la ASF, APRR y SANEff, Autopistas de Francia (ADF) de 45%, la depósitos en efectivo 8,5%, y el resto en poder de los intereses locales”¹⁰.

Con el objetivo de establecer las relaciones contractuales entre el Estado y las SEMCAs en contratos de planes para celebrarse por un período de cinco años entre el Estado y las empresas distribuidoras, formalizan los compromisos de cada parte para obras y los indicadores de inversión, la política tarifaria, objetivos financieros, de gestión, la política social y de empleo, servicio al usuario, la calidad arquitectónica de las obras e inserción en el medio ambiente.

En La reforma de 2001, el sistema de financiación de la autopistas en Francia que viene de la ley de 18 de abril 1955, y para garantizar una construcción práctica sin asumir muchos riesgos, se transforma a una idea de una red de carreteras modernas, la necesidad de adaptarse al entorno legal y la mejor registrarse en la situación política y económica actual.

Bajo la premisa de garantizar una amplia competencia y la entrada de nuevos operadores, se ha terminado al sistema de afiliación. Este sistema, que era para

¹⁰ Source : Caisse nationale des autoroutes http://www.vie-publique.fr/documents-vp/rn_autoroute.pdf

financiar parcialmente nuevos tramos de autopista de peaje a través de la que se pagan en los tramos en servicio del mismo distribuidor que se concedió una prórroga de su contrato, no es de hecho formalmente compatible con la competencia leal entre los candidatos para el adjudicar nuevas concesiones, ya que era probable que se beneficien las empresas que ya tienen participación, concedió a la red en detrimento de nuevos operadores.

2) En segundo lugar, las condiciones de manejo SEMCAs están más cerca de aquellas empresas Privadas para que puedan formular, en su caso, ofertas comparables nuevos proyectos de carreteras.

Esto implica, en particular, eliminar los beneficios para las empresas existentes dejando a las SEMCAs periodos de concesión más cortos que los de concesionarios privados, para que estos últimos se beneficien de la ampliación de la duración de su concesión.

Ilustrado lo anterior, el papel que debe desarrollar el derecho administrativo en este aspecto, entonces será fundamental, pues en el caso colombiano no es muy claro el panorama, si bien, la inclusión del sector privado en iniciativas de proyectos de interés público es un avance, no podemos pasar por alto un proceso de evolución adecuado para desarrollar esta figura en nuestra legislación.

Así, las APP'S parecen ser la solución a muchos inconvenientes en el desarrollo de obras públicas y de crisis en sistemas como el de la salud en Colombia, después de escándalos como el de el carrusel de la contratación en la ciudad de Bogotá, y la crisis de la salud a nivel nacional, las APP'S cobran mayor fuerza y fortalecen su perspectiva en los defensores de esta figura.

Pero, entonces, se plantea la necesidad de establecer una claridad en el concepto de APP, su alcance y propósito, así como el origen y finalidad para el cual fue creado, ya que en la ley 1508/2012 y el decreto 1467/2012, al parecer no se

desarrolla el concepto y el enfoque INSTITUCIONAL que esta figura debería tener, al parecer estamos frente al contrato de concesión, pero con unas características especiales en relación con disponibilidad, cumplimiento de niveles de servicio y repartición de riesgos, seguidamente, estamos frente a figuras que ya cumplen este objetivo al que se le ha denominado APP, pero ¿ Realmente la institución regulada en Colombia es la misma que se ha desarrollado en países como Francia, Alemania, Inglaterra entre otros?; para dar una respuesta objetiva, se Investiga el desarrollo **INSTITUCIONAL**, diferenciado del desarrollo **CONTRACTUAL** que contiene esta figura, que no es nada nuevo como nos han hecho creer y que ya se ha venido implementado en diferentes lugares del globo terrestre.

Por consiguiente, se habla no solo de la incapacidad de los Estados por cumplir con sus obligaciones que dan razón a su existencia, sino que se señala también la falta de capital en cabeza del mismo Estado, lograda además, de recursos públicos y contribuciones ciudadanas, que son sin duda una reprochable exigencia ciudadana, y además de esto, se plantea, que algunos Estados de hoy no son fiscalmente aptos para llevar a cabo sus obligaciones. Así, “el Banco Mundial y otros organismos internacionales han promovido esta iniciativa, el implementar las APP’S”¹¹, como una forma de rescate para muchas administraciones, con lo cual, parecería apresurarse la decisión por parte de los Estados para tratar de alivianar, y por qué no, ocultar su incapacidad frente a la ciudadanía.

1. UN LIGERO CONCEPTO DE APP

El modelo APP se organiza a lo largo de un continuo proceso entre los nodos y las necesidades públicas y privadas, se establecen nuevos caminos, puesto que hoy en día, las necesidades privadas, a raíz de la exigente economía, impactan directamente en los resultados de las políticas públicas, influenciando el desarrollo de la población en

¹¹Agudelo, Mauricio, “Mejora en el clima de inversión: el rol de las alianzas público – privadas para la competitividad”, Bogotá, Alta Consejería para la Competitividad y la Productividad, Sistema Nacional de Competitividad, 2008, pág. 28.

general, integrando el cuerpo normativo, pues, el modelo reacciona y funciona dependiendo de las funciones separadas y distintas, de la sociedad, el mercado y los bienes comunes.

Quizás uno de los grandes problemas comunes para las APP, está, en que va permitiendo ciertas grietas cuando no existen mecanismos que puedan ejercer un control real en su accionar y reforzar la cooperación prevista sin disminuir cualquier sector. Multisectorial, o de colaboración, así, la asociación se vive en una continua conversación y colaboración de privado a público en diferentes grados de aplicación de acuerdo a la necesidad, las restricciones de tiempo, y el tema en cuestión. A pesar de que estas asociaciones son ahora comunes, es normal que los sectores, privado y público, estén aún distanciados, para ser críticos de los enfoques y métodos de la otra. Es en la fusión de estos sectores que vemos como una asociación unificada tiene un impacto inmediato en el desarrollo de las comunidades y la prestación de servicios públicos.

Para la Comunidad Andina de Fomento, se debe tener en presente, “cuatro principios”¹² a la hora de desarrollar una APP

- ◆ La idea de que existen bienes y servicios de interés general
- ◆ La idea de que el sector privado puede contribuir enormemente a una mayor eficiencia y calidad en la asignación de recursos públicos.
- ◆ La necesidad de definir una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado para que la relación funcione lo mejor posible
- ◆ la idea de que la participación del sector privado en todas las fases del ciclo de proyecto (diseño, construcción, financiación, mantenimiento y operación) puede ser beneficiosa para la provisión de bienes y servicios públicos.

¹² Estudio corporación andina de fomento – “financiamiento de las infraestructuras” 2011, Pág. 103

Con esto la gestión pública – privada puede buscar regulación, competencia, integración de la gestión y adecuado reparto de riesgos en el proyecto de interés público.

Pero no toda participación entre el sector público y el sector privado, puede considerarse como la conformación de una APP, pues no se está mencionando una herramienta abierta, sino que goza de un carácter de exclusividad, por ello, varias opiniones expertas han expresado ciertos puntos importantes para que se dé esta consistencia.

“La Comisión Europea establece una serie de características que debe cumplir todo proyecto APP”¹³:

- ♦ La relación entre el sector público y el sector privado debe tener una larga duración.
- ♦ El sector privado debe participar de algún modo en la financiación.
- ♦ El sector privado debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de la infraestructura.
- ♦ La relación debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado.

La máxima finalidad entonces, de la colaboración entre el sector público y el sector privado será que Implica no sólo una relación sino una colaboración con la finalidad de lograr un máximo bienestar social.

APP es entonces un concepto complejo, que abarca muchos enfoques diferentes para la provisión de infraestructura y servicios para la función pública.

¹³ Comisión Europea, “El Libro Verde sobre PPP”, publicado en 2004, Capítulo 1, Pág. 1

La amplitud y variedad de los servicios públicos y demás obligaciones de las administraciones, se han enfocado en un mercado abierto para los particulares, viendo estas tareas como productos que están dispuestos a ofrecer, mejorar o administrar, buscando la efectividad y calidad exigida.

Con ello el concepto APP es bastante amplio y no es determinado en un solo proceder o en una sola interpretación, ya que reúne varios elementos de la teoría contractual y asociativa, dependiendo de su modalidad, así como el avance institucional del Estado para su correcta operación, esto depende en gran medida del modelo de ordenamiento jurídico y de las instituciones, mecanismos y entidades que en el operen.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS APP'S

Para comenzar a ahondar en el tema, es necesario conocer un poco de las razones que originaron esta interesante relación entre el sector privado y el sector público, ver las metas y finalidades que el contexto les exigió para lograr cumplir con metas comunes.

En las décadas de los años 1970 y 1980 se había presentado un llamado de atención por parte de los Estados frente a la deuda pública, que creció con la disolución macroeconómica que venía en proceso por aquella época, así, la presión por cambiar el modelo tradicional frente a la contratación pública fue el motivante para explorar diferentes formas de llevar a cabo las labores del Estado. “Los gobiernos de turno, principalmente en Europa comienzan a incentivar la inversión privada en el campo público”¹⁴, puesto que después de los conflictos mundiales y las revoluciones sociales, así como el cambio en las economías, habían ocasionado un debilitamiento en el aparato fiscal.

¹⁴ Moreno More, “Ordenación del Territorio en Francia”, 2008, Pág. 6.

2.1. El Modelo PFI En Gran Bretaña

Este movimiento Europeo, se acentuó en Gran Bretaña y Francia, llevando a las administraciones a incentivar la inversión privada, En 1992, el gobierno conservador de John Major en el Reino Unido introdujo la iniciativa de financiación privada (**PFI**) *The private finance initiative*, un programa diseñado para la efectiva inversión privada en las obras públicas, cuyo objetivo era el de disminuir el riesgo de las obras y las infraestructuras en cabeza del Estado, este programa en 1992 tuvo un apoyo mayor con el gobierno de Tony Blair, elegido en 1997, quien amplió la iniciativa PFI, pero trató de cambiar el énfasis a la realización de "valor por dinero", principalmente a través de una asignación adecuada de los riesgos.

Inicialmente, la mayoría de las asociaciones público-privadas se han negociado voluntaria e individualmente, como ofertas de una sola vez, y gran parte de esta actividad se inició en la década de 1990, con ocasión a la presión del sector social, con reclamo en mayor eficacia por parte de la administración a la hora de prestar servicios y cubrir infraestructuras de calidad.

“Un método para proporcionar fondos para las grandes inversiones de capital en que las empresas privadas son contratadas para realizar y gestionar proyectos públicos. En virtud de una iniciativa de financiación privada, la empresa privada, en lugar del gobierno, se encarga de los costos iniciales. El proyecto, entonces es arrendado al público, y la autoridad de gobierno realice pagos anuales a la empresa privada. “Estos contratos se suele dar a las empresas de construcción y pueden durar 30 años o más. En el mundo, las instituciones financieras participantes se llaman asociaciones públicas y privadas”¹⁵.

Iniciativas de financiación privada se iniciaron originalmente como parte de la estrategia de Gran Bretaña para proporcionar servicios de alta calidad. PFI se implementó por primera vez allí en 1992 y se hizo popular después de 1997. Fueron utilizados para financiar grandes proyectos de obras públicas, tales como escuelas,

¹⁵ Investopedia, Filed Under: Financial Lingo, Government Spending, Introduccion, Artículo 2007, Pág 1

cárceles, hospitales e infraestructura. En vez de financiar estos proyectos en la delantera de los ingresos fiscales, las empresas privadas construyan y luego hacen su dinero después de 25 o más años, los reembolsos, más los intereses a largo plazo, por parte del gobierno. Por lo tanto. Las instituciones financieras participantes también, se supone para mejorar la finalización del proyecto a tiempo y transferir algunos de los riesgos asociados con la construcción y el mantenimiento de estos proyectos por parte del sector público al sector privado. Los asesores financieros, como los bancos de inversión ayudan a gestionar la licitación, de negociación y el proceso de financiamiento.

Un inconveniente fundamental es el interés y los pagos asociados a cargo de las instituciones financieras participantes, y futuros contribuyentes. Además, los acuerdos incluyen a veces no sólo la construcción, sino también el mantenimiento continuo una vez que los proyectos se han completado, lo que aumenta aún más la futura carga de los costos y los impuestos de estos proyectos.

“En el Reino Unido en la década de 2000, un escándalo que rodea a las instituciones financieras participantes reveló que el gobierno estaba gastando mucho más en estos proyectos de lo que valían, en beneficio de las empresas privadas que ejecuten estos y en perjuicio del contribuyente. PFI también han sido criticados como un truco de contabilidad para reducir la apariencia de endeudamiento del sector público”¹⁶.

2.2. Funcionamiento Del PFI

2.2.1. Generalidad

“La iniciativa de financiación privada (PFI) nace en los años 2000 en Europa, este, es un método complejo de contratación que utiliza la capacidad del sector privado y de los recursos públicos con el fin de ofrecer la infraestructura y / o servicios del sector público, de acuerdo con una especificación definida por el sector público. Se trata de un sub - conjunto de un enfoque de la contratación más amplia

¹⁶ Investopedia, Filed Under: Financial Lingo, Government Spending Artículo 2007, Pág 1

denominada Alianza Público-Privada (PPP)”¹⁷ (Traducción libre del autor), siendo la principal característica que define el uso de la financiación de proyectos (con la deuda del sector privado y de capital, suscrita por el público) con el fin de prestar los servicios públicos.

Más allá de la elaboración de compañías de infraestructura y prestación de recursos o capitales financieros del Sector Privado, operan las instalaciones públicas, a veces usando el ex personal del sector público que han tenido sus contratos de empleo transferidas al sector privado a través del proceso de TUPE que se aplica a todo el personal de una empresa cuya propiedad cambia.

2.2.2. Procedimiento

Se da inicio a diferentes contratos, que en última medida, es lo que establece la relación Público - Privada

“Una autoridad del sector público firma un contrato con un consorcio del sector privado, técnicamente conocida como **Vehículo de Propósito Especial (SPV)**. Este consorcio está formado normalmente con el propósito específico de proporcionar el PFI.”¹⁸ (Traducción libre del autor). Es propiedad de una serie de inversores del sector privado, por lo general, incluyendo una empresa de construcción y un proveedor de servicios, y, a menudo un banco también. El consorcio de fondos se utilizará para construir la instalación y realizar el mantenimiento y la reposición de capital durante el ciclo de vida del contrato. Una vez que el contrato esté en funcionamiento, el SPV puede ser utilizado como un conducto para los debates modificación del contrato entre el cliente y el operador de la instalación. “SPV menudo cobran tarifas para este intermediario "servicio"” (Traducción libre del autor)¹⁹.

Como se decía anteriormente, los contratos PFI son típicamente de 25 a 30 años (dependiendo del tipo de proyecto); aunque existen contratos de menos de 20 años o más de 40 años , son considerablemente menos común. Durante el período del

¹⁷ The Economist, "PFI deals in recession: Singing the blues".Retrieved 2011-05-09, Artivulo, Pág 1.

¹⁸ The Economist, "PFI deals in recession: Singing the blues".Retrieved 2011-05-09, Artivulo, Pág 1.

¹⁹ The Economist, "PFI deals in recession: Singing the blues".Retrieved 2011-05-09, Artivulo, Pág 1.

contrato, el consorcio proporcionará ciertos servicios, que fueron proporcionados anteriormente por el sector público. El consorcio se paga por el trabajo a lo largo del contrato en función de los resultados "no servicio, ningún canon".

La autoridad pública diseñará comúnmente una " especificación de salida ", que es un documento que exponga lo que se espera que el consorcio de lograr. Si el consorcio no cumple con cualquiera de los estándares acordados a nivel debería perder un elemento de su pago hasta que las normas mejoran. Si las normas no mejoran después de un período acordado, la autoridad del sector público suele tener derecho a resolver el contrato, compensar al consorcio en su caso, y tomar la propiedad del proyecto. Como se puede observar, es una herramienta muy útil, tanto para obligar al contratista, como para garantizar el cumplimiento de la obra o la prestación del servicio público.

Los procedimientos de terminación de estos contratos son muy complejos, como la mayoría de los proyectos no son capaces de asegurar el financiamiento privado sin garantías de que la financiación de la deuda del proyecto, procederá el reembolso en el caso de la terminación. En la mayoría de los casos de terminación se requiere que el sector público pueda pagar la deuda y tomar la propiedad del proyecto. "En la práctica, la rescisión sólo se considera un último recurso"²⁰ (Traducción libre del autor).

Ya sea que el interés público, así como los recursos públicos, estén del todo protegidos por un contrato PFI particular, depende en gran medida de lo bien o mal que se suscribe el contrato y la determinación (o no) y la capacidad del órgano de contratación para hacerla cumplir. Muchos pasos se han tomado en los últimos años para estandarizar la forma de contratos de PFI para garantizar los intereses públicos estén mejor protegidos.

²⁰ Green Party Policy on the "Private Financing of Public Services". Retrieved 23 March 2010. Peg 16

2.2.3. Los Inversionistas

El proveedor de PFI típico se divide en tres partes o personas jurídicas: una sociedad de cartera (llamado "Topco"), que es el mismo que el SPV, mencionado anteriormente, un equipo de capital o empresa que provisiona la infraestructura (llamado "Capco"), y un servicio o empresa operadora (llamadas "Opco"). El principal contrato es entre la autoridad pública y la Topco. Las exigencias luego se trasladan de la Topco a la Capco y Opco mediante contratos secundarios. Otros requisitos luego fluyen hacia abajo a los subcontratistas, de nuevo con contratos secundarios. A menudo, los principales subcontratistas son empresas con los mismos accionistas que la Topco.

2.2.4. Método de Financiación

Antes de la crisis financiera de 2007-2010, que golpeo gran parte del mundo, los grandes proyectos PFI se financiaron a través del vehículo de inversión en la venta de bonos y / o deuda sénior. Desde la crisis, la financiación por deuda sénior se ha vuelto más común. Proyectos PFI más pequeños - la mayoría en número - han sido por lo general siempre financiados directamente por los bancos en forma de deuda sénior. Deuda sénior es en general un poco más caro que los bonos que los bancos podrían argumentar es debido a su comprensión más exacta de la solvencia de PFI - que consideren que los proveedores monoline subestiman el riesgo, especialmente durante la etapa de construcción, y por lo tanto puede ofrecer un mejor precio que los bancos están dispuestos a:

“Financiar y refinanciar los proyectos PFI, es común. Una vez finalizada la construcción, el perfil de riesgo de un proyecto puede ser menor, por lo que la deuda más barata se puede obtener. Esto podría significar que el refinanciamiento en el futuro se hará a través de bonos”²¹ (Traducción libre del autor), la etapa de construcción se financia mediante deuda bancaria, y luego con bonos durante el periodo de operación por mucho más tiempo. En la mayoría de los contratos de PFI, los beneficios de la refinanciación deben ser compartidos con el gobierno.

²¹ The Economist, "PFI deals in recession: Singing the blues". Retrieved 2011-05-09, Artículo, Pág 1.

Los bancos que financian proyectos PFI son reembolsados por el consorcio del dinero recibido del gobierno durante la vida del contrato. Desde el punto de vista del sector privado, Los proyectos PFI para el endeudamiento, en realidad se consideran de bajo riesgo porque, estos riesgos son muy poco probables que se materialicen en pérdidas. En efecto, en virtud de las reglas del FMI, los gobiernos nacionales no están autorizados a ir a la quiebra (aunque esto a veces se ignora, ya que cuando la Argentina reestructuró su deuda externa ocurrieron cambios inesperados). El reembolso depende enteramente de la capacidad del consorcio para prestar los servicios de acuerdo con la salida especificada en el contrato.

Como dato estadístico en Europa durante los últimos 17 años se han firmado más de 1.000 contratos de este tipo que representan una inversión cercana a los 200.000 millones de Euros en contratos de infraestructura para sectores como educación, salud, defensa, justicia y transporte a través de las diferentes modalidades de APP. Nótese además que el modelo APP cada vez actúa sobre sectores propios del Estado, como el sector defensa, es decir, el sector privado cada día es más protagonista en los fines públicos y desde un ámbito institucional. Dentro de esta experiencia el modelo más avanzado es el desarrollado en el Reino Unido, denominado *Private Finance Initiative* (PFI).

En Alemania, la experiencia ha evolucionado después de haber fortalecido la difícil economía por la que atraviesa Europa y crear escudos para que no afecten al país. Alemania es uno de los países mejor organizados política y financieramente por ello adopta el modelo, ajustando su estructura económica y diferenciando los conceptos específicos desde el inicio de puesta en marcha del plan publico privado.

Hay oportunidades para aplicar conceptos de APP en casi todas las áreas de la administración pública, (Traducción libre del autor)²²

²² Alfen, Hans; N Satyanarayana, Ogunlana Stephen, “Public-Private Partnership in Infrastructure Development Case Studies from Asia and Europe”, Bauhaus-Universität Weimar, Germany 2009.

A. Ingeniería Civil (Sector Obras Públicas)

(Calles y / o autopistas, túneles, puentes, vías férreas). La responsabilidad de los proyectos en los 50 millones a € 500 millones € rango o superior generalmente recae en los gobiernos federal o estatal.

B. Ingeniería Estructural (Sector Edificación e Infraestructura)

(Escuelas, gimnasios, hospitales y hogares de ancianos, edificios administrativos, instalaciones universitarias, infraestructura para cárceles).

Coste proyectos típicos entre los 5 € y € 100 millones. A menudo, la responsabilidad de estos proyectos corresponde a los municipios o estados.

C. Redes de comunicación por ejemplo, las adquisiciones militares (Sector Tecnología)

Por lo general, estas inversiones superan los 100 millones de € y caen bajo la responsabilidad del gobierno nacional²³, los estados o incluso las instituciones supranacionales.

Claro es que la organización territorial, administrativa nacional, extraterritorial e interterritorial alemana tiene bien definido y claro, la forma de funcionamiento, pues se ha limitado y señalado la competencia y autonomía de cada actor estatal, este es uno de los mayores avances institucionales, no solo en APP, sino en la administración en general, llevando a la inversión privada a una verdadera motivación y confianza en las instituciones del Estado.

²³ Akhter Khanom, Nilufa, "Conceptual Issues in Defining Public Private Partnerships (PPPs)" International Review of Business Research Papers 2010

2.3. La Tercera Vía

Sin duda un movimiento que marcó el surgimiento de las asociaciones público privadas en su concepto y funcionamiento en el mundo fue la llamada Tercera Vía, término surgido en el S XX, en una variedad de propuestas políticas y presupuestos teóricos, tendientes a profundizar en el escenario democrático sustancial, y en la importancia de todos los accionantes de la sociedad en las actividades públicas, desde lo mercantil, hasta los más internos asuntos competenciales.

“El término "Tercera Vía" se ha utilizado para explicar una variedad de cursos políticos y las ideologías en los últimos siglos. Estas ideas fueron implementadas por los progresistas en el siglo XX. El término "Tercera Vía" sugiere un cambio político sobre el desarrollo económico, en donde la democracia accione sobre un sistema de economía mixta con participación libre. Más tarde Ropke encuentra la economía social de mercado como "primera vía", debido a la evolución alemana en el tiempo de guerras y la variación económica y política, y también, en el sentido de avance de la economía de libre mercado. Lo más significativo, Harold Macmillan, primer ministro británico desde 1957 hasta 1963, quien basó su filosofía de gobierno en lo que tiene derecho en un libro, *El Camino del Medio*”²⁴

De esta forma la distribución de competencias hace que la sociedad se vuelva más productiva y eficiente, así como la división de capacidades y dotaciones para efectuar la capacidad de cada rol activo,

El fomento de las asociaciones público privadas es un concepto que se comenzó a cultivar en este pensar, y de hecho, dio origen a su desarrollo y práctica en Reino Unido, Francia, Italia y Alemania, si bien el sector público necesitó y en la actualidad necesita de la inyección de capital y otros aportes privados, ha evolucionado en el compromiso de presupuestos equilibrados, ofrecer igualdad de oportunidades combinada con un énfasis en la responsabilidad personal, la descentralización del

²⁴ Web Academia, web site, 2013

poder del gobierno al nivel más bajo posible, la mejora de la oferta de trabajo, la inversión en el desarrollo humano, la protección del capital social, y la protección del medio ambiente, son ideales comunes desde un pensamiento social de bienestar.

Actualmente, la tercera vía es un desarrollo diferente y distinto del capitalismo liberal con su fe inquebrantable en los méritos del libre mercado y el socialismo democrático, con su gestión de la demanda y la obsesión con el Estado. La tercera vía es a favor de la creación de crecimiento, la iniciativa empresarial, el espíritu empresarial y la riqueza, sino que también está a favor de una mayor justicia social y que ve el estado juega un papel importante en llevar esto a cabo. Así pues, en las palabras de... Anthony Giddens de la LSE la Tercera Vía rechaza arriba hacia abajo el socialismo, ya que rechaza el neoliberalismo tradicional. -Informe de la BBC de 1999.

2.4. El Value For Money:

El procedimiento empleado con mayor frecuencia dentro de una APP es el que se denomina value for money que puede ser traducido al español como “valor por dinero”. Sobre ello hay que decir que este concepto se empleó en el ejercicio del PFI y en otras palabras, lo que se pretende es valorar que el dinero público se emplea del modo más eficiente posible para la sociedad, con independencia de que las labores de construcción y explotación sean llevadas a cabo por el sector público o por el sector privado al respecto se refiere la Comunidad Andina de Fomento (CAF) en lo siguiente.

- ✓ “El óptimo value for money representa la mejor combinación de todos los costos y beneficios que genera el proyecto a lo largo de su vida. Hay tres decisiones que tomar referentes a ello, aunque en la práctica dos de ellas pueden tomarse a la vez:
- ✓ Si proceder con el proyecto como tal, lo que se deduce de un análisis de tipo económico desarrollado en los manuales de inversión pública.
- ✓ Si emplear una PPP o un procedimiento convencional.

- ✓ Seleccionar el proveedor para proporcionar el activo/servicio.
- ✓ Una cuestión crítica para decidirse por una opción de PFI (Incluso se aplica en el APP Actual) es identificar cuál proporciona el mejor value for money. En este sentido, la libre competencia es la mejor garantía para obtener este óptimo, porque de allí surgirán las mejores opciones de PFI. Sin embargo, éstas deben ser comparadas con los sistemas convencionales de financiación, lo que se lleva a cabo aplicando el denominado comparador con el sector público "Public Sector Comparator" ,

CAPITULO II: UN AMPLIO CONCEPTO: APP

Las asociaciones público privadas en su concepto amplio encierran una serie de objetivos, que le ponen sentido y objetivan su razón de ser, así, es indeterminado el alcance conceptual que se le puede dar al modelo, en términos generales, existen muchos factores de los que depende su funcionamiento práctico.

En sentido estricto el concepto de APP se toma como un modelo de negocio financiero, aplicado a través de proyectos de interés general, en donde la necesidad es del Estado, para prestar un servicio o adelantar un proyecto de obras públicas, el particular, por su parte, está interesado en participar de los beneficios del vínculo público y privado.

El mundo experimentó modelos similares de contratación pública, en la realización de obras o prestación de servicios públicos, en donde el papel del sector privado se centró fundamentalmente en el contrato de concesión pública o el mandato por medio de obligaciones. Un escenario donde el estado siempre tuvo el mando y dirección de las operaciones.

A raíz de la elevada demanda de obras públicas, que tuvieran disponibilidad y calidad del servicio eficiente, así como el incumplimiento contractual por parte del sector privado, la corrupción y las dificultades económicas, las administraciones fueron presentando problemas financieros frente al deber de prestar los servicios públicos y la construcción y disposición de infraestructuras públicas.

En las décadas de los años 1970 y 1980 se había presentado un llamado de atención por parte de los Estados frente a la deuda pública, que creció con la disolución macroeconómica que venía en proceso por aquella época, así, la presión por cambiar el modelo tradicional frente a la contratación pública fue el motivante para explorar diferentes formas de llevar a cabo las labores del Estado. Los gobiernos

de turno, principalmente en Europa comienzan a incentivar la inversión privada en el campo público²⁵ (Traducción libre del autor), puesto que después de los conflictos mundiales y las revoluciones sociales, así como el cambio en las economías, habían ocasionado un debilitamiento en el aparato fiscal.

1. APP EN SU FUNCIONAMIENTO

Siendo la actividad pública cada día más llevada a cabo por actores privados, las asociaciones público privadas deben ser desarrolladas, de acuerdo a lo que se quiere, ya que el Estado cada vez hace parte de los cambios en la economía y el mercado, así, también es ineludible la realidad económica de oferta sobre los servicios públicos o actividades públicas, antes exclusivas del Estado.

“Es una forma de cooperación entre el sector público y privado. Su objetivo es financiar la construcción (reconstrucción), operación y mantenimiento de la infraestructura para prestar servicios públicos”²⁶ (Traducción libre del autor). En las APP, las entidades del sector público son los socios y clientes del sector privado que compran servicios. En las finanzas generales, los socios privados, construyen y operan la infraestructura y como valor del contador se concede por derecho de prestar servicios de pago, ya sea por los usuarios finales (concesión) o por el socio público. Puesta en común de los riesgos de construcción y operación entre el socio privado y público y un período contractual de largo son una serie de características esenciales del APP.

En el mundo, el concepto se han dividido en 2 grandes grupos, de esta forma se ha desarrollado un amplio margen contractual en donde la sujeción entre el Estado y el sector privado es el contrato como tal, y otro grupo grande que desarrolla ya la relación que existe en esa Sociedad entre el sector público y el contratista, en donde lo que importa más allá del instrumento vinculante (contrato), es la relación societaria. Veamos:

²⁵ Investopedia, Filed Under: “Financial Lingo”, Government Spending, Pag. 1

²⁶ Ministry Of Finance Of The Slovak Republic “Public Private Partnership”, Pag. 5

1.1. APP Contractual

Se establece una relación del Estado o entidad pública como contratante, y el particular como contratista, en donde el Estado contrata los servicios determinados a un particular, estableciendo una serie de contratos propios en donde se disponen unas características como diseño, construcción, operación, traslado y financiamiento entre las partes, pero es el contratista quien está sometido a lo exigido por la entidad pública, y solo puede ejecutar aquello que le ordene la administración. Incluyendo la asignación de riesgos y otras medidas contractuales, así, administración y particular actúan por separado en el cumplimiento con el desarrollo de la infraestructura, bien público o servicio.

1.2. APP Institucional

En el modelo INSTITUCIONAL de Las APP's, el panorama es muy diferente debido a que su razón de ser y concepción original se evidencia un poco más y de manera más clara, podemos establecer las siguientes características de este modelo institucional.

- A. Se establece una sociedad de vehículo de propósito especial (PSV), ésta sociedad se constituye usualmente desde la figura del Joint Venture Corporativo (JVco), existen otras como las sociedades de responsabilidad limitada, empresas mixtas publico privadas (Reino Unido), los acuerdos de gestión y operación de contratos, entre otras, pero el modelo por excelencia como ya se menciono es el (JVco)
- B. La entidad estatal y el particular son socios, en donde ninguno está sometido al otro (en principio)
- C. Se trabaja armónicamente, con aportes de ambas partes, los aportes pueden ser en especie o en dinero.

D. Se comparten responsabilidades y obligaciones, así como beneficios.

E. El tema de la propiedad intelectual es muy especial, en países como Alemania y Francia se protege la propiedad intelectual desarrollada en la SPV, reconociéndole al privado utilidades en razón de su participación.

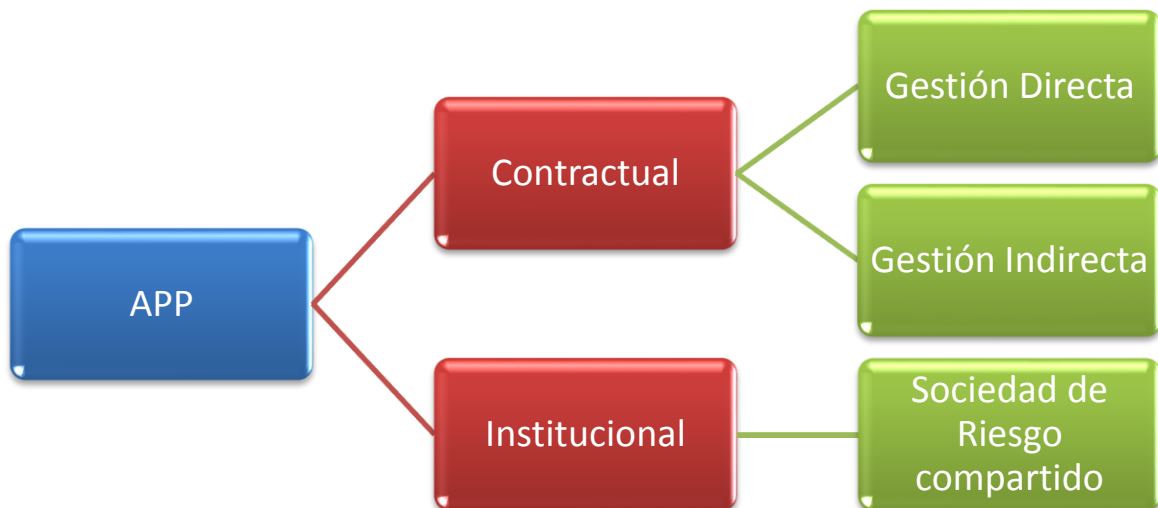
F. Se desarrolla el vínculo de propósito especial, más desde la perspectiva del derecho privado, pero con finalidades públicas, la naturaleza del APP Institucional, representado usualmente en “un JVCo tendría su propia personalidad jurídica independiente de sus miembros fundadores o cuerpos. Esto significa que los accionistas del JVCo serían responsables de las actividades de la empresa en su propio derecho”. Sin embargo, al realizar labores y proyectos públicos, así como, contar con la parte asociada quien es una entidad pública, estará sujeta al escrutinio y opinión del sector público.

Con esto, la formación de una empresa conjunta APP puede dar la autoridad local o entidad pública un mayor acceso a los recursos, conocimientos y experiencia del sector privado, que con otra forma de contratación o incluso en el APP contractual no puede llegar a adquirir en menor tiempo, cabe destacar que es prudente aclarar, que tanto puede utilizar esta nueva empresa de uno y otro sector, si se le permitirá utilizar alguna propiedad intelectual, alguna tecnología reservada, nombres comerciales etc.

G. La ventaja de decidir hasta donde se mantiene viva la sociedad y seguir aplicando a otros proyectos, si así lo deciden las partes en los documentos de constitución.

2. APP EN EL MUNDO

En el mundo APP o PPP, funcionan de una forma amplia en su concepto diferenciando en términos generales dos grandes y extensas modalidades, mencionadas anteriormente, el APP CONTRACTUAL, y el APP INSTITUCIONAL, en el mundo se tiene en claro su concepto, y las legislaciones extranjeras son un poco más claras que la legislación colombiana, sobre todo en su desarrollo, tanto en la parte contractual como en la institucional, de esta forma veamos a grandes rasgos cómo funcionan estas dos amplias figuras en el mundo, partiendo, y es importante señalarlo, del verdadero concepto de Public Private Partnership, y “Project Finance”²⁷.



28

2.1. App Contractual En El Mundo

El APP contractual en el mundo se basa, como se mencionó anteriormente en una amplia gama de formas contractuales y acuerdos entre la entidad pública y el particular.

²⁷ IPFA, “International Project Finance”, Project Finance, Web site. <http://www.ipfa.org/about-ipfa/>

²⁸ Urueta, Juan Manuel, “Seminario Asociaciones Publico Privadas”, Universidad Del Rosario. Bogotá 2013

De esta forma la gestión de la obra o del proyecto puede ser de gestión directa o de gestión indirecta, como métodos de desarrollo, según sea el acuerdo en el contrato que se crea más conveniente para satisfacer la necesidad pública.

Cuando se habla de gestión directa o indirecta, básicamente, se refiere al concepto de ejecución de la obra o el servicio público por parte de la administración, por lo cual, se debe entender de la siguiente manera.

La Gestión Directa: es producción del servicio público directamente por medio de la Administración pública, aunque sea con persona jurídica interpuesta, con la participación de mandatarios, pero realmente la responsabilidad y el actor productor o ejecutor del servicio u obra es la administración pública.

La gestión indirecta: habitualmente las APP's vienen asociadas al esquema de gestión indirecta, excepto cuando hablamos de una APP Institucional donde se crea un vehículo donde el Estado tiene gran parte y podemos pensar que ejecuta directamente las acciones prestadoras de servicios o ejecuta o realiza la obra, puesto que hace parte integral de aquella nueva sociedad.

Ya que las APP institucionales casi siempre terminan siendo reguladas por el derecho civil y comercial, este también es un argumento para decir que las APP de carácter institucional son de gestión indirecta, dado su naturaleza emergente del derecho privado, por lo cual la doble interpretación en las APP es válida siempre que hablemos de su carácter institucional.

Para ver más específica la gestión hay que observar los tipos de contrato dentro de esta modalidad APP, en esta parte simplemente se dará una definición general de las modalidades más importantes, de esta forma el lector se familiarizará con algunos conceptos y figuras contractuales, de carácter internacional, que con esta ley podrían surgir en el ámbito colombiano; para poder entender la idea y el propósito de las mismas y su incidencia en lo público y lo privado.

A. Contrato de arrendamiento de infraestructura.

En este tipo contractual el Estado le arrienda al particular una infraestructura ya construida, para que sea operada y preste los servicios, con el objeto de disminuir los gastos de administración y servicio operante, pero la infraestructura ya está totalmente construida y en capacidad de operar, a cambio de un canon de arrendamiento que debe pagar al Estado, en virtud del uso de la infraestructura.

B. Contrato de concesión.

Se le asigna al concesionario la explotación económica de la infraestructura, diferente a ser arrendada, con el objeto de que se preste el servicio público de manera efectiva y eficiente, a través de peajes o cobros de tarifas.

C. Contrato (DBOM) Diseño-Construcción-Administración-Mantenimiento y (BOT) Construcción- Administración-Transmisión.

Bajo un contrato tipo DBOM o BOT el contratista seleccionado es responsable del diseño, construcción, administración y mantenimiento de la instalación por un plazo de tiempo. El contratista debe cumplir todos los estándares relacionados con condiciones físicas, capacidades, congestión y calidad de conducción. Las ventajas de DBOM o BOT son el aumento de incentivos por la entrega de un proyecto de calidad más alta porque la parte privada es responsable de la administración de la instalación y de su mantenimiento por un plazo de tiempo después de la construcción.

D. (DBFO) Diseñar-Construir-Financiar-Operar y (DBFOM) Diseñar-Construir-Financiar-Operar-Mantener

El contrato tipo DBFO y DBFOM son variaciones del contrato DBOM. La mayor diferencia es que el contratista es también responsable de todo o de gran parte de la

financiación. Las ventajas son las mismas que el contrato DBOM pero también incluye la transmisión de los riesgos financieros a la parte privada durante el periodo del contrato. Mientras la Administración retiene la posesión de la instalación, los contratos DBFO y DBFOM atraen capital privado para financiar el proyecto que puede ser recuperado con ingresos generados durante la administración de la instalación.

El riesgo de demanda en estos contratos es asumido generalmente por el contratista, debido a que está a cargo de la administración y funcionamiento inicial del proyecto.

Todo o parte de estos ingresos son utilizados para recuperar la inversión de la parte privada, así como los ingresos generados por la parte pública a través del cobro de impuestos u otras fuentes públicas. “Utilizando fuentes públicas de ingresos para pagar la financiación privada del proyecto permite al sector público disfrutar de los beneficios de realizar la infraestructura sin tener que emitir bonos o endeudándose”²⁹.

E. (BOO) Construir-Poseer-Operar

Bajo un contrato BOO el diseño, construcción, administración, y mantenimiento de la instalación es responsabilidad del contratista. La mayor diferencia entre BOO y otros contratos APP es que un contrato BOO, la parte privada es propietaria de la instalación y se le asigna todos los ingresos de su explotación y cualquier beneficio extra por el período de vida de la instalación, en algunas legislaciones al final de todo el proyecto se transmite la propiedad al Estado, donde el contratista asume generalmente los riesgos de demanda del proyecto

Para determinar la gestión en los anteriores contratos se precisa el siguiente esquema

²⁹ Duarte Darío, “Los contratos de concesión de obra pública y su financiación, un estudio comparativo actual Estados Unidos-España”. Pág.15

- a. Contrato de arrendamiento de infraestructura (Gestión Directa)
- b. Contrato de concesión (Gestión Directa)
- c. Contrato DBOM y BOT (Gestión Más Directa que Indirecta)
- d. Contrato DBFO y DBFOM (Gestión Indirecta)
- e. Contrato BOO (Gestión Indirecta totalmente) (Excepto por la transferencia al final, en el caso colombiano)

2.2. App institucional en el mundo

Como se mencionó anteriormente, en el APP Institucional se crea una persona Jurídica diferente de los contratantes, teniendo en cuenta las características mencionadas en la parte inicialmente, cabe resaltar que en algunos países del mundo, la experiencia señala la debida precaución de esta figura en un sistema jurídico sólido, apoyado en gran parte desde el derecho privado y la capacidad de asociación de cada entidad pública en particular.

Esta nueva persona jurídica funciona generalmente desde la figura del (JVCo) aunque existen países que lo manejan desde otras figuras jurídicas como las Sociedades de Economía Mixta o los contratos de Servicios Publico, figura que se analizara más adelante en un capítulo especial, en donde la participación del sector privado y el sector público, generalmente se determina por medio de aportes, materializados en acciones de forma tal que existe una junta directiva y unos estatutos de constitución,

Los derechos inherentes a las acciones y los derechos entre los accionistas se deben encontrar en un marco normativo primero y luego en el acto de constitución de la misma, típicamente en los documentos de constitución de la empresa y el acuerdo de accionistas.

También es conveniente que se emplee un “acuerdo de desarrollo conjunto Termsheet”, hoja de términos de formato corto que abarca cuestiones clave que deben

establecerse entre las partes en un consorcio antes de comenzar a desarrollar un proyecto, así como la preparación de respuesta a la documentación del concurso para un proyecto.

Con esto se muestra, como la empresa de propósito especial, puede establecer una variedad de acuerdos comerciales entre dos o más entidades separadas. Cada parte aporta recursos a la empresa y una nueva se crea, negocio en el que las partes colaboran juntos y comparten los riesgos y beneficios.

JVCo implica compartir el riesgo, es conveniente señalar que una empresa esté constituida por propiedad y gestión conjunta (privado-publico), la mejor estructura para la gestión y mitigación del riesgo y la obtención de beneficios, tanto como la explotación de activos. No debe ser visto como un modelo de entrega, en la que el sector público tiene por objeto transferir el riesgo al sector privado a través de la creación de relaciones de mercado, sino como una oportunidad de ambos sectores en busca de sus fines específicos y el fin común.

3. TIPOLOGÍAS APP EN EL MUNDO

Las asociaciones público privadas, entonces, pueden tener varias formas, esto con el ánimo de satisfacer la necesidad y cumplir con su propósito de utilidad en cada caso, las tipologías APP pueden ampliarse un poco con las siguientes.

3.1. O&M:

“Son operaciones de mantenimiento con un socio público (federal, estatal o agencia gubernamental local o autoridad), y un socio privado para proporcionar y / o mantener un servicio específico”³⁰(Traducción libre del autor). Bajo la opción de operación y mantenimiento privado, el socio público conserva la propiedad y la

³⁰ O&M, “Abreviada del artículo en ICMA”, Dan Elías, Lcdo. 2012, Pág. 25

gestión global de la instalación pública o del sistema, en esta figura no existe la obligación de DISEÑAR ni CONSTRUIR la infraestructura.

El Acuerdo de O&M es una parte integral de cada estructura de la asociación pública/privada que incluye una estructura de tipo de concesión/contrato de arrendamiento, la venta de bienes municipales o simplemente la operación y mantenimiento de un sistema municipal por un operador privado.

El Acuerdo de O&M debe abordar una serie de cuestiones:

“Con el fin de asegurar el éxito de la colaboración público-privada del Acuerdo de O&M debe”³¹:

- ◆ Asignar riesgos entre los socios públicos y privados de una manera eficiente.
- ◆ Asegurar la prestación de un servicio de calidad por el operador del sistema a lo largo del plazo del contrato.
- ◆ Proporcionar un marco eficaz para hacer frente a los cambios que inevitablemente ocurrirán durante la vigencia del contrato.
- ◆ Hay riesgos comunes a toda sociedad pública/privada, si dicha asociación consiste en la construcción de nuevas instalaciones, o simplemente la privatización de las instalaciones existentes, ya sea a través de una disposición del tipo de concesión / contrato de arrendamiento, la venta de patrimonio municipal o la explotación de las instalaciones municipales por una empresa privada. Los banqueros de inversión y los prestamistas del proyecto suelen agrupar dichos riesgos en las siguientes categorías :
- ◆ Permiso de Riesgos - ¿Quién es el responsable de obtener y mantener permisos, incluyendo: Permiso de construcción, permitir operaciones, diseño y tecnología de Riesgos? - ¿Quién es el responsable del diseño y / o defectos de la tecnología?

³¹ O&M, “Abreviada del artículo en ICMA”, Dan Elías, Lcdo. 2012 Pág. 27

- ◆ Riesgo de Construcción - ¿Quién es responsable de completar las actividades de construcción de acuerdo a los planes, dentro del presupuesto ya tiempo?
- ◆ Operaciones de Riesgo - ¿Quién es el responsable de la operación del día a día del sistema?
- ◆ Riesgos económicos / financieros - ¿Hay y habrá un flujo de ingresos suficientes para pagar todos los gastos y servicios de la deuda?
- ◆ Fuerza Mayor (accidentes y la interrupción del negocio) - Seguro ingresos pueden proporcionar los fondos necesarios para la reconstrucción. ¿Sin embargo, es posible y necesario para asegurar el flujo de ingresos previstos derivados de las operaciones?

El Acuerdo de O&M

“Como se indicó anteriormente, el Acuerdo de O&M debe abordar una serie de cuestiones complejas. El siguiente es un parámetro de los términos más sobresalientes que se deben incluir en cada acuerdo de este tipo”³².

Acuerdo plazo - debe considerarse la posibilidad de que la correlación entre el término del contrato y el precio del contrato sean definidas. A más largo plazo permite al operador amortizar los costes asociados a la obtención del acuerdo, las tasas de concesión pagada, las inversiones de capital realizadas o que deban efectuarse, los costos asociados con la transición de la fuerza laboral existente, etc. durante un período de tiempo.

“Opción por cancelación anticipada - Un municipio puede negociar una opción de cancelación anticipada”³³. Esta opción de terminación temprana puede ser utilizada como herramienta para terminar con el operador privado, como resultado de

³² O&M, “Abreviada del artículo en ICMA”, Dan Elías, Lcdo. 2012. Pág. 25

³³ O&M, “Abreviada del artículo en ICMA”, Dan Elías, Lcdo. 2012. Pág. 27

un mal servicio. También se puede utilizar como una herramienta para mantener un precio competitivo. Las partes también pueden querer negociar un plazo garantizado limitado por lo que el contrato no podía ser rescindido sin causa antes de ese tiempo.

Alcance de los servicios - Esta disposición deberá especificar si el operador es proporcionar toda la mano de obra, herramientas, equipos, consumibles y servicios públicos, o simplemente la mano de obra (o tal vez incluso sólo servicios de gestión en la forma de un supervisor de proyecto) en relación con alguno o con todos de los siguientes servicios:

“La operación y el mantenimiento del sistema privado (incluyendo la operación y mantenimiento de todos los sistemas de recogida de distribución y/o). Facturación, cobro y las funciones de servicio al cliente. Gestión de programas de pre tratamiento industrial. Operaciones del Departamento de la calle o cualquier otra operación manejados por el Departamento de Obras Públicas”³⁴.

Gestión de programas de Mejoras de Capital y/o el diseño y construcción de las mejoras de capital.

El uso de herramientas y equipos existentes - Un acuerdo típico de O & M debe permitir al operador utilizar todas las herramientas existentes, equipos y vehículos dedicados por el municipio para la operación y mantenimiento del sistema privatizado. A su vez, el operador debe estar de acuerdo en devolver todo ese equipo en buen estado con el desgaste normal exceptuado.

“Garantías de Rendimiento - El explotador debería garantizar el cumplimiento de todas las leyes aplicables, incluyendo, sin limitación, todos los permisos existentes,

³⁴ O&M, “Abreviada del artículo en ICMA”, Dan Elías, Lcdo. 2012. Pág. 27

regulaciones ambientales, de salud y de seguridad. Garantías de rendimiento, este tipo de garantías de rendimiento son típicamente sujetas a las siguientes limitaciones”³⁵:

- ♦ El diseño y las capacidades físicas del sistema privatizado.
- ♦ las instalaciones del sistema dadas las limitaciones físicas y / o de diseño de las instalaciones a pesar de los esfuerzos de tratamiento razonables del operador.
- ♦ La ocurrencia de cualquier evento incapacitante más allá del control razonable del operador, tales como las condiciones climáticas extremas.
- ♦ Un cambio en la ley, incluso, un cambio en cualquiera de los permisos existentes, o un cambio en cualquier medio ambiente, la salud y / o regulación de seguridad aplicable.

Funciones de mantenimiento y gastos - responsabilidades de mantenimiento del operador suelen incluir todas las funciones de mantenimiento preventivo y predictivo de acuerdo con las instrucciones del fabricante para el servicio y la atención y de conformidad con las buenas prácticas de ingeniería. Funciones de mantenimiento deben incluir también acuerdos de diseño paisajístico de las infraestructuras.

“Base Costo de operación - El Acuerdo de O&M debe delinear claramente la lista de servicios incluidos en el precio base. También es común para ajustar la tasa de base sobre una base anual para tener en cuenta la inflación. Los pagos se hacen típicamente en cuotas mensuales iguales, ya sea por adelantado o atrasado”³⁶.

Los permisos y las Renovaciones - Es normalmente el propietario del sistema (es decir, por lo general, la entidad pública o el ente territorial) que lleva la responsabilidad final para la adquisición y el mantenimiento de los permisos necesarios para permitir la operación del sistema. La mayoría de los acuerdos de

³⁵ O&M, “Abreviada del artículo en ICMA”, Dan Elías, Lcdo. 2012. Pág. 26

³⁶ O&M, “Abreviada del artículo en ICMA”, Dan Elías, Lcdo. 2012 Pág. 26

operación y prevén la asistencia del operador en el proceso de adquisición y renovación.

Los programas de mejora de capital; gastos adicionales de capital y gastos de operación necesarios por el cambio de la ley, la ocurrencia de cualquier evento de desactivación, que conlleve a prevenir la situación.

“Cumplimiento de las Normas Tributarias - En la medida en que el sistema privatizado ha sido financiado a través de impuestos actividad obligaciones exentas no privados, el Acuerdo de O&M debe cumplir con el umbral de las disposiciones de puerto seguro de los contratos de gestión cualificado. Estas disposiciones varían con la duración del contrato y permitir, por un período de 20 a 30 años”³⁷.

Con respecto al trabajo existente - es probablemente la cuestión más difícil de resolver. No hay una sola respuesta que se ajuste a todas las situaciones y no profesan tener una solución. En la negociación de esta cuestión, las partes deben reconocer los costos de mantener los niveles de personal y beneficios, el reconocimiento de un convenio colectivo y/o que el operario deberá negociar un nuevo acuerdo con el sindicato local, en el caso de haberlo.

Indemnización - Por lo general, un Acuerdo de O&M requerirá al operador a indemnizar a la entidad o al ente territorial por incumplimiento de contrato y por la negligencia del operador. En ocasión, el Estado le pedirá que dé una indemnización recíproca.

Incumplimiento y Terminación por Incumplimiento - El Acuerdo de O&M deben proporcionar a cada parte una terminación de derecho como consecuencia del incumplimiento de la otra parte después de aviso y una oportunidad razonable para subsanar. “Además, es habitual incluir una disposición que una parte no se extinguirá

³⁷ O&M, “Abreviada del artículo en ICMA”, Dan Elías, Lcdo. 2012 Pág. 28

por defecto, siempre que dicha parte se continúa adoptando medidas diligentes para curar el defecto que, sin embargo, se cura en última instancia, en un plazo máximo conjunto específico de tiempo”³⁸.

3.2. OMM:

Gestión de Operaciones, Mantenimiento con un socio público (federal, estatal o agencia gubernamental local o autoridad), son contratos con un socio privado para operar, mantener y administrar una instalación o sistema de prueba de un servicio. Bajo esta opción de contrato, el socio público conserva la propiedad de la instalación pública o del sistema, pero la parte privada podrá invertir su propio capital en la instalación o sistema u obra. Cualquier inversión privada se calcula con cuidado con respecto a sus contribuciones a las eficiencias operativas y ahorros durante el plazo del contrato. En general, cuanto más largo sea el plazo del contrato, mayor es la oportunidad de aumentar la inversión privada porque hay más tiempo disponible para recuperar cualquier inversión y obtener un rendimiento razonable. Muchos gobiernos locales utilizan esta asociación contractual de proporcionar servicios de tratamiento de aguas residuales.

El sector privado se dedica a realizar la operación, administración y mantenimiento (OMM) de servicios de infraestructura para los destinatarios definidos. El sector privado ofrece un servicio por el que recibe una comisión (ya sea del gobierno o de los usuarios). Cuando se requieran obras de rehabilitación o de construcción, e incluso de reestructuración, también pueden formar parte del contrato. Los activos son financiados públicamente, y esto es una forma apropiada de contrato, cuando no hay mucho margen para aumentar el capital privado.

³⁸ O&M, “Abreviada del artículo en ICMA”, Dan Elías, Lcdo. 2012 Pág. 25

3.3. DB: Diseño y Construcción

Con antecedentes del contrato “llave en mano”³⁹, dentro del esquema APP el DB es un contrato utilizado en el modelo internacional, cuando el socio privado presta tanto en el diseño y la construcción de un proyecto de la agencia pública. Este tipo de asociación puede reducir el tiempo, de obra, ahorrar dinero, proporcionar mayores garantías y asignar los riesgos del proyecto adicional para el sector privado. También reduce el conflicto por tener una única entidad responsable ante el propietario del público para el diseño y la construcción. El socio del sector público es dueño de los activos y tiene la responsabilidad de la operación y el mantenimiento, se diferencia del contrato llave en mano por que puede existir o no dentro de la sociedad establecida entre el sector público y el sector privado, además del uso determinado o amplio que se le dé a la elaboración y ejecución de proyectos por medio de la Sociedad Vehículo y la responsabilidad que para los socios (público y privado) se derive.

“Diseño y construcción es un sistema de entrega de proyectos, se utiliza sobre todo en la industria de la construcción. Es un método para entregar un proyecto en el que los servicios de diseño y construcción son contratados por una sola entidad conocida, para llevar a cabo el diseño y la construcción. A diferencia de " diseño - licitación-construcción". DB se basa en un único punto de responsabilidad del contrato y se utiliza para reducir al mínimo los riesgos para el propietario del proyecto, y reducir los plazos de entrega, superponiendo el diseño en una fase inicial y la construcción de un proyecto en una fase final”⁴⁰ (Traducción libre del autor). DB con su responsabilidad de un solo punto lleva los remedios contractuales a metas claras para los clientes porque el contratista DB será responsable de todo el trabajo en el proyecto, independientemente de la naturaleza de la falta.

³⁹ Carlos Felipe Santacruz, “Taller seminario C.A.F”. El contrato “llave en mano” o “turnkey contract” (en términos del derecho anglosajón), es aquel en virtud del cual un contratista se obliga frente al cliente o contratante (en derecho público ante la entidad estatal contratante), a cambio de un precio, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra o proyecto determinado. La Paz, Bolivia 2009, Pág. 1.

⁴⁰ American Institute of Architects "Integrated Project Delivery" California, 2007. Pág 19

La puntual diferencia con el contrato llave en mano es que, en primera medida el contrato llave en mano se ubica en una labor específica en donde el contratista toma varios roles al mismo tiempo, y aporta todo lo que está a su alcance para generar la obra, generalmente son obras de ingeniería, donde los diseños y la construcción operan desde la misma entidad, conocido también como turnkey contract, la figura más utilizada es la de la intervención de una agencia para realizar el seguimiento del proceso, desde que inicia hasta que finaliza, como una supervisión, de esta forma el cliente contrata a la agencia que deberá responder hasta que la obra finalice. En el DB es opcional la existencia de la agencia.

El enfoque tradicional para proyectos de construcción consiste en el nombramiento de un diseñador en un lado, y el nombramiento de un contratista en el otro lado. La ruta de adquisiciones de diseño y construcción cambia la secuencia tradicional de trabajo. Responde a los deseos del cliente para un único punto de responsabilidad en un intento de reducir los riesgos y los costos generales. Ahora se utiliza comúnmente en muchos países y las modalidades de contrato están ampliamente disponibles.

3.4. DBM: Design- Build- Mantenimiento

Un DBM es similar a un DB, solo que el mantenimiento de la instalación durante un periodo de tiempo se convierte en la responsabilidad del socio contratista (privado). Los beneficios son similares a la DB con el riesgo de mantenimiento se asignará al socio del sector privado y la garantía ampliada para incluir el mantenimiento. El socio del sector público posee y opera los activos, son contratos que pueden durar de 10 a 20 años aproximadamente, dependiendo de la operatividad de la obra.

El socio privado debe tener en cuenta lo siguiente:

- ◆ “La longitud de tiempo que tiene que construir su instalación;
- ◆ La complejidad de lo que se está construyendo;

- ◆ ¿Cumple con las leyes estatales de compra?
- ◆ Tiempo y experiencia de su personal interno disponible;
- ◆ Limitaciones de su presupuesto;
- ◆ ¿Cuánto riesgo está dispuesto a asumir en el proceso de construcción?”(Traducción libre del autor)⁴¹

3.5. DBO: Design- Build –Operate

En este contrato se adjudica por el diseño, construcción y operación de una mejora de capital. La titularidad de la instalación se mantiene con el sector público a menos que el proyecto es un diseño / construcción / operar / transferencia o diseño / construcción / propio / operar proyectos. El método DBO de contratación es contrario al enfoque separado y secuencial utilizado habitualmente en los Estados Unidos por los sectores público y privado. Este método consiste en un contrato para el diseño con un arquitecto o ingeniero, seguido por un contrato diferente con un constructor para la construcción del proyecto, seguido además de la toma de los propietarios sobre el proyecto, así es como se utiliza.

Fácilmente pueden intervenir varias personas en la elaboración y cumplimiento del mismo, pero la responsabilidad es de cada uno de ellos.

Un enfoque de diseño y construcción sencilla crea un único punto de responsabilidad para el diseño y construcción, y puede acelerar la finalización del proyecto, facilitando la superposición de varias de las fases de diseño y construcción del proyecto. Entonces, en un proyecto público, la fase de operación es normalmente manejada por el sector público en virtud de un contrato de operaciones y mantenimiento por separado. Combinando los tres pases en un enfoque DBO mantiene la continuidad de la participación del sector privado y puede facilitar la financiación del sector privado de los proyectos públicos con el apoyo de recursos generados durante la fase de operaciones.

⁴¹ Tyson Building Corporation, “2005 IBSS Marketing”, 2005. Artículo Web.
<http://tysonbuilding.com/services/index.php>

También, bajo esta forma de APP, el contratista se compromete a diseñar, construir, operar y mantener el activo durante un período especificado en el contrato, normalmente 20 a 25 años, promedio. “El diseño y la construcción de los elementos del contrato son financiados por el erario público, mientras que el elemento de operación y mantenimiento del contrato es la responsabilidad de los órganos de contratación, es decir, a las autoridades locales en su defecto o el sector privado generalmente. Al final del período contractual, el activo vuelve a la propiedad estatal.”⁴² (Traducción libre del autor)

Entonces en un contrato DBO se deben tener en cuenta.

- ◆ Responsabilidades de los socios
- ◆ Legislación estatal
- ◆ Solución de conflictos (posibilidad justicia arbitral)
- ◆ Riesgos
- ◆ Planes de contingencia para la continuidad en la prestación del servicio
- ◆ Pagos

3.6. DBOM : Design- Build- Operate- Management

El modelo de diseño-construcción -operación- mantenimiento (DBOM) es una asociación integrada, que, combina, además las responsabilidades de diseño y construcción de las adquisiciones de diseño y construcción con operaciones y mantenimiento. Con esto, los componentes del proyecto se obtienen de la sección privada, en un único contrato con financiación garantizada por el sector público. La agencia pública mantiene la propiedad y mantiene un importante nivel de supervisión de las operaciones a través de los términos definidos en el contrato.

⁴² The Environment, Community and Local Government, 2007, Web site, Pag 1

3.6.1. Responsabilidades.

“En el funcionamiento de un contrato DBOM, una entidad privada es responsable del diseño y construcción, así como el funcionamiento a largo plazo y/o servicios de mantenimiento”⁴³ (Traducción libre del autor). Al sector público le corresponde asegurar la financiación del proyecto y retiene el riesgo y los ingresos de explotación, y cualquier ingreso excedente de explotación.

3.6.2. Ventajas.

“La ventaja del enfoque DBOM es que combina la responsabilidad por lo general funciones dispares - diseño, construcción, y mantenimiento - bajo una sola entidad”⁴⁴ (Traducción libre del autor). Esto permite que los socios privados puedan aprovechar una serie de eficiencias. Por otro lado el diseño del proyecto se puede adaptar a los equipos de construcción y los materiales que se utilizarán, en el caso que sea así. Además, también se requiere el equipo DBOM para establecer un programa de mantenimiento a largo plazo para garantizar la sostenibilidad física y administrativa del proyecto u obra, junto con las estimaciones de los costos asociados. El conocimiento detallado del equipo de diseño del proyecto y los materiales utilizados le permite desarrollar un plan de mantenimiento programado a medida que anticipa y responde a las necesidades que se producen, así, se reduce el riesgo de que los problemas pasen desapercibidos o sin atención, que al final se traducen en problemas mucho más costosos.

⁴³ U.S Department of Transportation, Federal Highway Administration, 2010. Web site <http://www.fhwa.dot.gov/ipd/p3/default.aspx>

⁴⁴ U.S Department of Transportation, Federal Highway Administration, 2010. Web site <http://www.fhwa.dot.gov/ipd/p3/default.aspx>

3.6.3. Valoración de costos de ciclo de vida

Los beneficios del "ciclo de vida que cuesta" son particularmente importantes, ya que la mayoría de los propietarios de las infraestructuras, suelen gastar más dinero en el mantenimiento de sus sistemas de expansión. Además, el enfoque de ciclo de vida elimina los problemas de mantenimiento importantes de los cambios en la política que afectan las obras públicas, y que también afectan a muchos presupuestos de mantenimiento, con los propietarios a menudo sin saber cuál será la financiación disponible para ellos año tras año. Entonces, en estos casos, "a menudo se ven obligados a gastar todo el dinero que tienen en las necesidades más urgentes de mantenimiento en lugar de un enfoque más racional, rentable y preventivo"⁴⁵ (Traducción libre del autor).

3.6.4. Proceso de contratación

"Los propietarios otorgan contratos DBOM de oferta competitiva después de un proceso de licitación transparente" (Traducción libre del autor)⁴⁶. Los proponentes responden a las especificaciones indicadas en el pliego de condiciones y por lo general están obligados a proporcionar un precio único para el diseño, construcción y mantenimiento de la instalación durante el período de tiempo especificado. También se exige a los proponentes que presenten documentación sobre sus calificaciones, permitiendo así que los dueños de comparar los costos de las diferentes ofertas y la capacidad de los proponentes para satisfacer sus necesidades específicas.

Así, en últimas volvemos a conectar estas modalidades contractuales de APP, al camino de la licitación pública, teniendo como referente el pliego de condiciones y las calificaciones correspondientes para la contratación.

⁴⁵ U.S Department of Transportation, Federal Highway Administration, 2010. Web site <http://www.fhwa.dot.gov/ipd/p3/default.aspx>

⁴⁶ U.S Department of Transportation, Federal Highway Administration, 2010. Web site <http://www.fhwa.dot.gov/ipd/p3/default.aspx>

3.6.5. Especificaciones Estándar

“Si bien, existe la posibilidad de cosechar las recompensas sustanciales mediante la utilización del enfoque DBOM integrado, los propietarios que no están acostumbrados a este enfoque deben tener mucho cuidado a la hora de especificar todas las normas a las que quieren que sus instalaciones diseñadas, construidas y mantenidas con una contratación DBOM” (Traducción libre del autor)⁴⁷, es decir, vale la pena especificar en detalle que se busca para que el operador del DBOM, pueda participar razonablemente en el proceso de contratación y más allá, cumplir satisfactoriamente con las metas del mismo. Los propietarios ceden gran parte del control que poseen típicamente con una entrega más tradicional de los proyectos. A menos que se identifican las necesidades en la delantera como las especificaciones generales del proyecto, que por lo general no se cumplirán. Esto es importante, porque desde el diseño hasta la operación, los contratos DBOM pueden prorrogar por periodos de hasta 20 años o más y así buscar el efectivo cumplimiento del contrato, esto, claro está en un escenario optimista.

3.7. DBFOM: Diseño, Construcción, Financiación, Explotación y Mantenimiento

Se establece una sociedad con el socio privado, por parte del Estado, con el enfoque de diseño, construcción, financiación, explotación y Mantenimiento DBFOM , las responsabilidades en materia de diseño, construcción , financiación , operación y mantenimiento se agrupan y se transfieren a los socios del sector privado. Hay una gran cantidad de variedad en los arreglos DBFOM, por ejemplo en el modelo de los Estados Unidos, y especialmente el grado en que las responsabilidades financieras en realidad son transferidas al sector privado. “Algo en común que afecta a todos los proyectos DBFOM es que son ya sea parcial o totalmente financiado por los flujos de

⁴⁷ U.S Department of Transportation, Federal Highway Administration, 2010. Web site <http://www.fhwa.dot.gov/ipd/p3/default.aspx>

ingresos de apalancamiento de deuda dedicados al proyecto”⁴⁸. Utilizando tarifas a los usuarios directos (peajes) son la fuente de ingresos más común.

Las formas de recuperar la inversión, o echar a andar el proyecto son variadas, Sin embargo, otros que van desde pagos de arrendamiento, “peaje sombra”⁴⁹ y cánones de matriculación de vehículos. Ingresos futuros se aprovechan para emitir bonos u otra deuda que proporcionan fondos para los costos de capital y desarrollo de proyectos. También a menudo se complementan con subvenciones del sector público en forma de dinero o contribuciones en especie, tales como - derecho de paso. “En ciertos casos, los socios privados pueden ser obligados a realizar inversiones de capital también. Valor por su dinero puede ser alcanzado a través coste del ciclo de vida respectivo”⁵⁰. En este punto es importante resaltar, que según la planeación a mediano o largo plazo, se debe visualizar el rango de vida de utilidades del proyecto, y si es viable su funcionamiento parcial o permanente.

3.8. DBFOMT: Diseño- Construcción- Financiación- Explotación- Transferencia y Mantenimiento

Se desprende del modelo anterior, así, el Transfer Design- Build- Finance - Operación Mantenimiento DBFOMT, es un modelo de asociación, que “funciona de la misma forma que un DBFOM, excepto que el sector privado posee el activo hasta el final del contrato, cuando la propiedad se transfiere al sector público”⁵¹(Traducción libre del autor). Es una manera de garantía de la optimización de la obra,

⁴⁸ U.S Department of Transportation, Federal Highway Administration, 2010. Web site <http://www.fhwa.dot.gov/ipd/p3/default.aspx>

⁴⁹ **Peaje sombra:** construye y financia la autopista una empresa comercial y la Administración paga el peaje de los vehículos que circulan por ella, de modo que se financia con los impuestos, pero se evita el endeudamiento de la administración a corto plazo, el concepto puede utilizarse en proyectos de infraestructura.

⁵⁰ U.S Department of Transportation, Federal Highway Administration, 2010. Web site <http://www.fhwa.dot.gov/ipd/p3/default.aspx>

⁵¹ U.S Department of Transportation, Federal Highway Administration, 2010. Web site <http://www.fhwa.dot.gov/ipd/p3/default.aspx>

3.9. BOT: Diseño- Explotación y Transferencia.

Es una forma de asociación que funciona con socios privados que construye una instalación con las especificaciones acordadas por la agencia pública, al cumplir con esto, opera la planta por un período de tiempo determinado en virtud de un contrato o acuerdo de franquicia con la agencia, y luego, debe transferir la instalación a la agencia al final del período especificado de tiempo. “En la mayoría de los casos, el socio privado también proporcionará algunos, o todos, de la financiación de la instalación, por lo que la duración del contrato o franquicia debe ser suficiente para que el socio privado para realizar un rendimiento razonable de su inversión a través de cargos a los usuarios”⁵² (Traducción libre del autor).

Puede existir que al final del periodo de franquicia, el socio público puede asumir la responsabilidad de operar las instalaciones, contratar las operaciones para el titular de la franquicia original, o adjudicar un nuevo contrato o franquicia a un nuevo socio privado. “El modelo BTO es similar al modelo BOT excepto que la transferencia al propietario pública tiene lugar en el momento en que la construcción se ha completado, en lugar de al final del período de franquicia”⁵³, esto siempre que no se estipule que la franquicia deba hacerse *intuitu personae*.

3.10. BOO: Build -Own -Operate

Este modelo es similar al anterior, ya que una organización privada construye, posee y opera alguna instalación o estructura con cierto grado de estímulo del gobierno. Aunque el gobierno no proporciona financiamiento directo en este modelo, puede ofrecer diferentes incentivos financieros, tales como la exención de impuestos. El desarrollador es propietaria y opera la planta de forma independiente.

⁵² U.S Department of Transportation, Federal Highway Administration, 2010. Web site <http://www.fhwa.dot.gov/ipd/p3/default.aspx>

⁵³ The Environment, Community and Local Government 2007. Web site <http://www.environ.ie/planning/policy/public-private-partnerships/ppp>

Así, por ejemplo, el contratista privado construye y opera una instalación sin transferir la propiedad al sector público. Y continua su funcionamiento, “Con respecto al título legal a la instalación se mantiene en el sector privado, y no hay ninguna obligación de que el sector público tenga la facilidad de comprar o tener título”⁵⁴ (Traducción libre del autor). Una transacción BOO puede calificar para la exención de impuestos como un contrato de servicio si todos los requisitos del Código de Rentas Internas están satisfechos.

Con los parámetros anteriores, se puede analizar que en el campo amplio y complejo de las Asociaciones Publico Privadas, existe un amplio margen y diversidad de aplicación, entonces, lo primero que podemos observar es que APP es una forma de negocio, tanto del Estado como del sector público, y es más que necesario analizar cuál de las modalidades es la adecuada para encaminar correctamente un proyecto por esta vía

⁵⁴ The Environment, Community and Local Government 2007. Web site <http://www.environ.ie/planning/policy/public-private-partnerships/ppp>

PARTE SEGUNDA - JURÍDICO ANALÍTICA

CAPITULO I: APP Y EL MODELO INTERNACIONAL

Para introducirnos en esta segunda parte de forma correcta, es necesario analizar los antecedentes legales puntuales de las PPP, Reino Unido, epicentro y origen del modelo, objeto de este estudio.

De aquí, se desprende un importante punto de vista de análisis y es, la forma como interactúa el modelo APP en el sistema jurídico, pues, algunos países no han desarrollado profundamente el modelo, es una de las razones por las cuales se debe mirar concienzudamente los orígenes y el modelo legislativo que se ha construido en países evolucionados en este tema.

Después de este análisis, será más fácil comprender el funcionamiento de las APP, en general y en casos específicos, la metodología entonces nos llevará por la evolución legislativa del modelo, para terminar analizando la complejidad de la figura y los diferentes campos que abarca, tanto en el derecho como en la función del Estado.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN REINO UNIDO

1.1. Parámetros

Para esta parte, nos remitimos al contexto histórico Europeo que se llevó a cabo en la época de los años 80, donde el Reino Unido realizaba grandes inversiones de capital en el acondicionamiento y fortalecimiento de su infraestructura pública, lo cual también se realizaba en otros países de Europa a consecuencia de la fuerte demanda que existía por parte del modelo de bienestar.

Servicios públicos, hospitales, carreteras, y edificios de atención pública eran requeridos con suma urgencia, Reino Unido comenzó a enfrentar una decreciente insolvencia fiscal.

Como si fuera poco, el acuerdo de “Maastricht de 1992”⁵⁵, complico la situación, puesto que también coloca al gobierno bajo extrema presupuestaria presión, ya que limita la capacidad de invertir en la infraestructura mediante la colocación de límites en endeudamiento. Para agravar más la situación “la presión adicional en el Reino Unido fue colocada por su participación en la Unión Europea, en la que tenía que cumplir los cuatro criterios principales: inflación, una alza en los intereses económicos, la deuda fiscal y déficit”⁵⁶. Como resultado, el Reino Unido comenzó APP en forma de Iniciativas de financiación privada PFI, que da inicios al fenómeno.

Aun así, Reino Unido ha desarrollado, desde el derecho civil un marco centralizado e incluso descentralizado, apoyado en la ley civil y en la ley comercial territorial, que le permite implementar de forma avanzada el modelo APP, y la creación de sociedades y contratos de inversión en las obras publicas.

Durante la década de los 90’s, la política de inversión privada en las obras públicas, tomaron más fuerza con la implementación de los PFI, pero aquí es cuando la administración pública se da cuenta que una gran fuerza proveniente del sector privado, representaría una sostenibilidad en el sector público, de manera que, si esto era posible jurídicamente, no debía limitarse y enmarcarse en una norma cerrada.

Los primeros avances por parte del Estado se reflejaron desde el ministerio de hacienda, creando posibilidades para los particulares en la participación de proyectos y una sana inversión de capitales.

Sobre la definición, cabe resaltarse que es muy amplia y genérica, el término "asociación público-privada" no está exactamente definido en la legislación

⁵⁵ Conceptos: El Tratado de la Unión Europea (TUE), marca una nueva etapa en la integración europea ya que permite la puesta en marcha de la integración política. Establece una Unión Europea formada por tres pilares: las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común (PESC) y la cooperación policial y judicial en materia penal (JAI). El Tratado establece una ciudadanía europea, refuerza las competencias del Parlamento Europeo y pone en marcha la unión económica y monetaria (UEM). Además, la CEE se convierte en la Comunidad Europea (CE)

⁵⁶ A comparative study on legislations relating to public private partnerships in the UK and Slovenia, *School PDF Pag 12. of Built and Natural Environment, University of Central Lancashire, Preston, PRI 2HE, UK*

comunitaria sobre contratos públicos de Europa. “En general, se refiere a las formas de cooperación entre las autoridades públicas y el sector privado cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión y mantenimiento de la infraestructura asociada a la prestación de un servicio” (Traducción libre del autor)⁵⁷.

En un correcto marco jurídico y normativo que soporte las APP, debe estar destinado a facilitar las inversiones en esquemas APP complejo y de largo plazo, reducir los costos de transacción, garantizar los controles reglamentarios apropiados, y proporcionar los mecanismos legales y económicos que permitan la resolución de disputas contractuales.

Por ejemplo el diseño de los marcos jurídicos PPP varía entre los países de la Unión Europea en función de la tradición jurídica y las leyes vigentes. Un marco legal PPP debe incluir diferentes fuentes que protejan además de las mismas sociedades y empresas, sino el marco jurídico que las desarrolla.

Se buscan disposiciones que hagan que un proyecto APP sea posible y facilite su funcionamiento “(por ejemplo, el derecho legal de establecer una empresa PPP, los términos y condiciones en que los bienes públicos pueden ser transferidos a entidades no públicas, el poder de la empresa PPP para elegir subcontratistas en sus propios términos); y disposiciones que permiten a los gobiernos a proporcionar financiación, en su caso (por ejemplo, para proporcionar subsidios o asumir compromisos a largo plazo del gasto público para la vida del contrato PPP) (Traducción libre del autor)”⁵⁸.

Es tan importante mantener un marco legal sólido, y más tratándose de modelos APP, lo que se va a reflejar normalmente en las leyes y reglamentos, sino también en los documentos de política pública, notas de orientación y en el diseño de los contratos de APP.

⁵⁷ European Investment Bank 2012 PDF Pág 36 Web site <http://www.eib.org/infocentre/search.htm?keywords=PPP>

⁵⁸ European Investment Bank 2012 PDF Pág 38 Web site <http://www.eib.org/infocentre/search.htm?keywords=PPP>

El caso Europeo es interesante, debido al paternalismo del derecho civil, el derecho mercantil derivado en la costumbre del desarrollo de la jurisdicción, desarrollado así una serie de derechos implícitos por ley son relevantes, como es el caso de las APP.

Así, por ejemplo, una autoridad pública puede ser incapaz de renunciar a un derecho que le confiere las leyes y reglamentos administrativos que rigen. Esto puede ser percibido por la parte privada como una limitación a las negociaciones de los contratos de APP.

Se plantea el ejemplo en el caso de que estos “derechos pueden incluir el derecho de la autoridad contratante a cancelar unilateralmente un contrato antes de tiempo, el derecho de un operador a una indemnización después de un inesperado aumento en el costo de las operaciones” (Traducción libre del autor)⁵⁹, o el derecho de una autoridad para hacer cambios unilaterales al contrato si son en el interés público.

La influencia en algunas jurisdicciones de derecho civil también contiene plazos de preaviso obligatorio que deben observarse antes de la terminación por incumplimiento de contrato por cualquiera de las partes, así como cualquiera de ellas puede invocarlo, por estos pequeños detalles cabe articular lo que en el futuro será remisorio o que están limitados en su alcance y llegar en las leyes y reglamentos administrativos existentes.

De esta forma, el derecho común en los países será aplicado de forma genérica, siempre hay que tener en claro que las autoridades públicas obedecen al nivel central del mismo, y así mismo tendrán que respetarse sus competencias y poderes a la hora de celebrar contratos o dar nacimiento a Asociaciones Publico Privadas.

⁵⁹ European Investment Bank 2012 PDF Pág 15 Web site
<http://www.eib.org/infocentre/search.htm?keywords=PPP>

Volviendo al tema de las leyes específicas, una ley específica de APP no es una condición necesaria para el desarrollo del modelo APP. “El marco legal también puede ser proporcionado por **modificación de las disposiciones legales existentes que pueden tener un impacto en el proyecto de APP**”⁶⁰ (Traducción libre del autor). Por ejemplo, el Reino Unido ha desarrollado su modelo PFI pionero sin ley de APP, aunque la legislación específica para confirmar poderes para celebrar contratos de APP se introdujo en el Reino Unido en relación con los organismos de servicios de salud y las autoridades locales para abordar las preocupaciones expresadas principalmente en nombre de los patrocinadores. “Sin embargo, las leyes de APP pueden establecer los principios fundamentales que los acuerdos APP deben adherirse a (por ejemplo, la necesidad de evaluar relación calidad-precio) (Traducción libre del autor)”⁶¹ y para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en la provisión de infraestructura.

1.2. Análisis De La Implementación Legislativa Del Modelo APP En Reino Unido

En las jurisdicciones de derecho común, como Reino Unido, Estados Unidos e Irlanda, la ley común constituye la base fundamental de todas las transacciones comerciales y la forma que los principios que lo sustenta, así como la asignación de riesgo.

Se han desarrollado, en general, las jurisdicciones de derecho civil que tienen un enfoque más prescriptivo a la estructuración de asociaciones público-privadas que la ley común.

Y por otro lado existen las leyes específicas PPP, las cuales se han introducido en países como Bélgica, Italia, Polonia, Portugal, etc.

⁶⁰ European Investment Bank 2012 PDF Pág 11 Web site <http://www.eib.org/infocentre/search.htm?keywords=PPP>

⁶¹ European Investment Bank 2012 PDF Pág 7 Web site <http://www.eib.org/infocentre/search.htm?keywords=PPP>

En países como Inglaterra o en el conjunto que comprende el Reino Unido, queda demostrado que no hay legislación **específica** para darle funcionamiento a las APP, se requiere para su implementación en su jurisdicción y cuerpo normativo, la articulación de otras normas. Por ejemplo,

“El Reino Unido (UK) ofrece uno de los ejemplos más notables de la generalizada y aplicación con éxito de las APP sin ley integral PPP”⁶². Reino Unido introdujo la iniciativa de financiación privada (PFI) que analizamos anteriormente en 1992, y estandarizado el modelo pionero a través de la implementación de numerosos proyectos PFI.

Es similar el caso de Australia, que también ha utilizado ampliamente APP sin el desarrollo legal o estatutaria específica”⁶³, donde el mayor desarrollo de la infraestructura cae dentro de la responsabilidad del Estado y los gobiernos que han desarrollado políticas y directrices en materia de contratos APP.

Por otro lado el fenómeno internacional ha arrojado resultados de especificidad frente a la aplicación de normas para implementar específicamente Asociaciones Publico Privadas, esto puede ser positivo, si se ha desarrollado conscientemente el alcance del modelo, pero en otro extremo puede resultar lesivo, puesto que al no desarrollarse ampliamente el concepto puede contener vacíos, que, como la ley no lo dice, no se puede cubrir una posibilidad de solución, por otro lado el choque entre la ley específica y el ordenamiento jurídico puede resultar no tan benéfica en términos generales.

⁶² UNCITRAL Visiting Scholar (2011.7.26 - 2012.7.25.), Faculty of Law at the Dankook University in Republic of Korea. PDF Web. https://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/public-private-partnerships-2013/20120704_Report_on_PPP_legal_IssuesSon_Seungwoover.11.pdf. Pág 27

⁶³ UNCITRAL Visiting Scholar (2011.7.26 - 2012.7.25.), Faculty of Law at the Dankook University in Republic of Korea PDF Web https://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/public-private-partnerships-2013/20120704_Report_on_PPP_legal_IssuesSon_Seungwoover.11.pdf. Pág 25

La fuerza del derecho común y las raíces heredadas del derecho civil, son llamadas a cubrir ciertos vacíos en materia legislativa, provenientes de cortinas de niebla que no son claras de aplicar, en casos particulares.

Se puede considerar como una fuente la Guía PFIP de la CNUDMI⁶⁴ de la comisión mercantil de las Naciones Unidas, consta de 71 recomendaciones y las notas explicativas. Abarcan 51 disposiciones básicas que regulan las cuestiones que deben tenerse en la legislación específicamente en cuestión con PFIPs.

En la guía se abarca la mayoría de aspectos que puede contener el introducir el modelo APP en la legislación doméstica, teniendo en cuenta la complejidad de las APP, pero las Disposiciones específicas no parece suficientes para convertirse en una ley modelo de Asociación Publico Privada.

1.3. Análisis Del Marco Normativo Para Las APP En Reino Unido

El Reino Unido ha evolucionado de forma positiva a través de los años, consolidando un marco interesante para el futuro de las Asociaciones Publico Privadas, en donde nos comenzaremos a introducir con una de las formas más significativas dentro de del APP Institucional, el cual es el objeto central de este estudio, y no podemos dejarlo de lado, la referencia se centra en las Asociaciones Publico Privadas de Responsabilidad Limitada o Limited Liability Partnerships (LLP).

⁶⁴ Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada Preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional año 2000 Pág 41

1.3.1. Recorrido Histórico

1.3.1.1. Marco Jurídico De Las Asociaciones Publico Privadas de Responsabilidad Limitada

Un importante precedente que cambió la historia comercial de Reino Unido, fueron las normas creadas por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2000 que operan en función de la legislación primaria “(especialmente la Ley 2006 de las Empresas y la Ley de Insolvencia de 1986)”⁶⁵ mediante la aplicación o modificar la mayoría de las partes pertinentes de las Actas de las LLP. Los Reglamentos deben ser leídos conjuntamente con la Ley relevante como efectivamente juntos crean una Ley paralelo adaptado específicamente a las LLP.

En Reino Unido se habían creado las Asociaciones tradicionales formados bajo las disposiciones de la Ley de Sociedades, que estableció y permitió una nueva forma de alianza comercial en su época.

1.3.1.2. Sobre Las Sociedades Limitadas En Reino Unido

Por remisión, dentro del marco jurídico, las Sociedades Limitadas Ley de 1907 permite a las asociaciones tienen algunos miembros con responsabilidad limitada, que se refiere como socios comanditarios. Un socio limitado se le prohíbe participar en la gestión de la asociación. Si un miembro limitada participa en la gestión de la asociación pierde su derecho de responsabilidad limitada. “Su papel es, en efecto, limitado a la provisión de capital. El receptor oficial es poco proclive a encontrar una sociedad limitada, ya que rara vez se utilizan”⁶⁶.

⁶⁵ "PPP in disaster risk reduction". United Nations International Strategy for Disaster Reduction. Retrieved 7 May 2012 Limited Liability Partnerships Act 2000, Pág 16

⁶⁶ "PPP in disaster risk reduction". United Nations International Strategy for Disaster Reduction. Retrieved 7 May 2012 Limited Liability Partnerships Act 2000, Pág 19

1.3.1.3. Liquidación de una sociedad limitada

Cuando una orden de liquidación se realiza contra una sociedad limitada el administrador judicial debe establecer el monto y las condiciones de la inversión por parte del socio o socios comanditarios y registrar este en la lista de acreedores. El administrador judicial debe establecer si el socio comanditario, tuvo o no ninguna participación en la gestión del negocio, ya que esto podría resultar en se convierta conjunta y solidariamente responsable de las deudas de la asociación.

1.3.1.4. Para Bancarrota contra un socio limitado

Cuando una declaración de quiebra se hace en contra de un socio limitado al administrador judicial debe establecer si la quiebra tomó parte alguna en la gestión de la asociación. “Cuando la quiebra hicieron participar en la gestión de él / ella se convierte conjunta y solidariamente responsables de las deudas de la sociedad y de los acreedores de asociación se debe ofrecer la oportunidad de demostrar en el procedimiento”⁶⁷. A diferencia de una sociedad tradicional de la quiebra de un socio limitado no da lugar a la disolución de la sociedad.

1.3.2. El Derecho de Sociedades Del Reino Unido

El derecho de sociedades del Reino Unido, no es algo establecido cerradamente, por el contrario, es el cuerpo de normas que tiene que ver con las corporaciones creadas bajo la Ley de Sociedades de 2006. “También regulado por la Ley de insolvencia de 1986, el Código de Gobierno Corporativo del Reino Unido, las Directivas de la Unión Europea y los casos judiciales, la compañía es el principal vehículo legal para organizar y ejecutar los negocios”⁶⁸. Rastreando su historia

⁶⁷ "PPP in disaster risk reduction". United Nations International Strategy for Disaster Reduction. Retrieved 7 May 2012 Limited Liability Partnerships Act 2000, Pág 26

⁶⁸ "PPP in disaster risk reduction". United Nations International Strategy for Disaster Reduction. Retrieved 7 May 2012 Limited Liability Partnerships Act 2000, Pág 24

moderna a finales de los años de la Revolución Industrial, las sociedades anónimas ahora emplean más personas y generan más de la riqueza en la economía del Reino Unido que cualquier otra forma de organización.

Mas halla de todo, el Derecho de Sociedades, o la ley corporativa, se puede dividir en dos campos principales. El gobierno corporativo en el Reino Unido interviene en los derechos y deberes entre los accionistas, empleados, acreedores y directores. Dado que el consejo de administración habitualmente tiene el poder de manejar el negocio bajo una constitución de la empresa, un tema central es qué mecanismos existen para asegurar la "responsabilidad directiva. La legislación del Reino Unido es "accionista amigo" en el que los accionistas, con exclusión de los empleados, por lo general ejercen derechos de voto único en la junta general.

"La asamblea general tiene una serie de derechos mínimos para cambiar la constitución de la empresa, emitir resoluciones y remover a los miembros de la junta. A su vez, los directores tienen una serie de derechos para sus empresas. La administración debe llevar a cabo sus responsabilidades con competencia, en la buena fe y lealtad inquebrantable a la empresa. Si los mecanismos de votación no prueban suficientemente, en particular para los accionistas minoritarios, los derechos de los directores y otros derechos de los miembros puede ser reivindicado en la corte. De importancia central en la lista y las empresas públicas es el mercado de valores, que se caracteriza por la Bolsa de Valores de Londres .A través de la toma de posesión Código del Reino Unido protege fuertemente el derecho de los accionistas a recibir el mismo trato y libre comercio de sus acciones"⁶⁹.

1.3.3. Las Sociedades de Responsabilidad Limitada - Ley de 2000

El Parlamento del Reino Unido, introdujo el concepto de la sociedad de responsabilidad limitada (en inglés) La ley escocesa creó una LLP como órgano con personalidad jurídica independiente de sus miembros (a diferencia de una asociación

⁶⁹ "PPP in disaster risk reduction". United Nations International Strategy for Disaster Reduction. Retrieved 7 May 2012 Limited Liability Partnerships Act 2000, Pág 16

normal) que “se rige por un sistema híbrido de la ley, parcialmente de Derecho público y en parte de la ley de sociedades. A diferencia de las asociaciones normales, la responsabilidad de los socios de LLP en liquidación se limita a la cantidad de capital que contribuyeron a la LLP”⁷⁰.

La Ley establece que “una LLP puede incorporarse cuando dos o más personas asociadas con el fin de que desempeñe un negocio legal suscriben sus nombres a un documento de constitución”⁷¹; (Traducción libre del autor), que el documento de incorporación, o una copia aprobada de la misma, se ha entregado al Registro Mercantil en casa de las compañías; y una declaración, ya sea por un abogado o uno de los abonados que las formalidades se hayan cumplido también ha sido entregado al registrador.

Luego, el documento incorporación debe tomar ya sea la forma prescrita o una forma tan cerca de la forma prescrita como sea posible. También “debe contener la dirección del domicilio social de la LLP, se indicará el nombre de la LLP, se indicará el nombre de los miembros de la LLP en la incorporación, podrá indicar cuáles son los miembros han de ser “miembros designados” o que todos los miembros serán “Los miembros designados””⁷² y también dicen si el domicilio social de la LLP se encuentra en Inglaterra y Gales, Gales o Escocia.

Los miembros de una LLP están sujetas a otras normatividades, que de una u otra forma involucran al modelo en el sistema jurídico, como por ejemplo al impuesto sobre la renta sobre sus ingresos como resultado de explotación de la misma manera como una sociedad normal. “También pagan clase 4 a la Seguridad Social en la misma forma que cualquier otra persona que trabaja por cuenta propia. Impuesto sobre las ganancias de capital se aplica a los miembros de las LLP como a los de una sociedad normal. A un año de la incorporación de una LLP no es una excepción a impuesto de

⁷⁰ “PPP in disaster risk reduction”. United Nations International Strategy for Disaster Reduction. Retrieved 7 May 2012 Limited Liability Partnerships Act 2000, Pág 16

⁷¹ Ley UK de 2000

⁷² Ley UK de 2000

timbre sobre tierras cedidas a la LLP si la persona que transfiere la propiedad es un miembro de la LLP y que las proporciones de la propiedad son las mismas que las antes de la transacción”⁷³.

También el modelo APP en LLP está involucrando sujetos a la insolvencia de la misma manera como estas empresas. “Esta ley prevé disposiciones que establezca la aplicación de ciertas disposiciones de la “Ley de Insolvencia de 1986”⁷⁴ a LLP. Del mismo modo el artículo 15 prevé el establecimiento de las normas para aplicar el derecho de sociedades o no aplicar el Derecho de la empresa y de aplicar el derecho de asociación como parecería apropiado”⁷⁵.

Vemos que poco a poco se va construyendo un marco normativo, que va aclarando posibles cortinas de humo que se formaron con la aparición de modelos económicos, (una cadena) de disposiciones que conectan armónicamente con un fin jurídico y un fin económico, así, se puede decir que Reino Unido tuvo que acomodar las fichas, para construir una torre normativa que le da vida a figuras jurídicas que necesitaban sobresalir en determinada crisis.

Como complemento de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 2000, gran parte de la ley sobre las LLP es una forma de aplicación en la misma interpretación para que se apliquen otras leyes. Y más importante aún, elementos de la Ley de Sociedades de 2006 que se aplican a las LLP mediante un reglamento adoptado en 2008 y 2009.

⁷³ Ley UK de 2000

⁷⁴ La Ley de Insolvencia de 1986 (c 45) es una ley del Parlamento del Reino Unido que ofrece la plataforma legal para todas las cuestiones relativas a la insolvencia personal y corporativa en el Reino Unido.

⁷⁵ Ley UK de 2000

2. LOS CONTRATOS JOINT VENTURE

Como se ha señalado, en el mundo una de las formas de constituir una asociación público privada de carácter institucional, es a través De un Joint Venture Corporativo (Sociedad de Riesgo Compartido) a su vez, el Estado y la Entidad Pública crean una empresa de Responsabilidad Limitada (LLP) que nace en virtud del derecho civil lo que depende fundamentalmente del acuerdo de voluntades entre el sector público y el sector privado, que luego se materializara en la constitución de la sociedad en sus estatutos respectivos de operación y funcionamiento.

De esta forma cabe explorar esta figura con más detalle.

2.1. Joint Ventures

La idea base de formar un joint venture es el unir conocimiento, aptitudes y recursos, compartiendo a su vez las ganancias y los riesgos, es una asociación en donde las partes que en este caso será el Estado y el particular, tienen fines y obligaciones en común.

2.2. Joint Venture contractuales

En términos contractuales, el joint venture es un negocio jurídico de unión y consolidación de esfuerzos, en este caso entre el Estado o la entidad estatal y el particular, “legalmente, el contrato “joint venture” es un negocio jurídico complejo que tiene por objeto el establecimiento de una unión de esfuerzos, a través de aportes de diversa índole, que pueden consistir en transferencias de activos, materia prima, capital, tecnología, know - how, ventas, canales de distribución, personal, financiamiento o productos. En el caso de los “joint ventures” con participación pública también es frecuente el aporte de garantías o subsidios”.

2.3. Joint Venture Corporativo- APP Institucional

En este caso, la relación entre ambos sectores no se basa en una relación contractual entre un agente y un principal, sino en la participación conjunta del sector público y privado en una entidad encargada de la gestión de la infraestructura, para introducirnos en el concepto, veamos algunos casos prácticos, para luego desglosar la figura.

3. CASOS PRACTICOS JOINT VENTURE CORPORATIVE

3.1. Royal London and Barts - 2006 Londres

En este caso, el Banco Europeo de Inversiones (BEI) presta 250 millones de libras esterlinas para la reurbanización de 2 hospitales; de The London Hospital Real en Whitechapel y Barts Hospital West Smithfield.

Este proyecto es tan importante, puesto que marca la vanguardia en la mayor remodelación del hospital en el Reino Unido, proporcionará un nuevo hospital de Gran Bretaña en el sitio del Hospital Royal London existente y edificios nuevos y renovados en el Hospital Barts.

El resultado es que el nuevo Hospital Real de Londres incluirá atención traumatológica y de emergencia principal centro de Londres, uno de los departamentos renales más grandes de Europa y el segundo mayor servicio de pediatría de la capital. “Barts Hospital se convertirá en un centro de excelencia del Cáncer y cardíaca, la incorporación de servicios de El London Chest Hospital”⁷⁶.

Este proyecto garantizará una prestación más eficiente de servicios clínicos, renovando así la demanda de calidad en el servicio para los pacientes en la ciudad, el este de Londres y más allá, así como proporcionar beneficios a largo plazo para Barts y el London NHS Trust.

⁷⁶ European Investment Bank 2014 2006 PDF Pág 29

El proyecto se encamina a adoptar la forma de una asociación público-privada (APP). El promotor del proyecto es Barts y The London NHS Trust, fideicomiso hospital docente responsable de la prestación de la atención terciaria especializada y servicios de salud agudos a la ciudad, al este de Londres y más allá. Al implementar el proyecto como un proyecto APP del Gobierno británico espera reducir los costos de adquisición y operación de los hospitales durante su funcionamiento, como resultado tanto de una mayor eficiencia en la gestión de las instalaciones y la transferencia de riesgos de construcción y diseño para el sector privado.

“Los fondos del BEI serán proporcionados directamente a una **sociedad de propósito específico**, Capital Hospitales Limited, propiedad de Skanska (37,5%), Innisfree (37,5%) y Equión (25%)”⁷⁷.

La concesionaria, a través de sus subcontratistas, proporcionar las instalaciones de construcción, servicios y mantenimiento No clínicos requeridos durante la vida de la concesión. Skanska diseñará y construirá los nuevos hospitales y proporcionar servicios de gestión de instalaciones difíciles. Servicios Hospitalarios soberanos proporcionarán servicios de gestión de instalaciones.

El proyecto se financiará con una combinación de 1.020 millones de libras en bonos senior y facilidad 250 millones GBP-préstamo otorgado por el Banco Europeo de Inversiones (tanto indexada), junto con el préstamo mezzanine, júnior saldos de préstamos subordinada y acciones ordinarias previstas por los accionistas de Hospitales capitales. FSA y Ambac garantizarán los pagos programados de capital e intereses bajo los Bonos Vinculados-índice y el préstamo del BEI.

“En las APP institucionales los recursos vienen canalizados y manejados a través de una persona jurídica diferente al patrocinador privado y a la entidad pública, mediante la creación de un Vehículo de Propósito Especial (S.P.V.)⁷⁸”

⁷⁷ European Investment Bank 2014 2006 PDF Pág 27

⁷⁸ Alcaldía Mayor de Bogotá, “Buenas prácticas en la Contratación Estatal”, Bogotá 2012, Pág 12

De esta forma el primer paso de las sociedades de riesgo compartido, y la creación del vehículo de propósito especial (S.P.V), Sera la incorporación del capital privado o la constitución por el capital público, con explotación por parte del privado, actuando en sociedad y repartimiento de beneficios, claro está, que sean negociables para el Estado.

3.2. London underground PPP - Inglaterra

A principios de 1990, “el Gobierno británico introdujo la financiación privada Iniciativa (PFI) como una forma de proteger la inversión del sector privado en el activo utilizado por el sector público”⁷⁹ (Traducción libre del autor). A partir de 1995, la entidad Regional de Transportes de Londres (LRT), una entidad propiedad del gobierno establecido bajo la London Regional Ley de Transporte de 1984, la medida entró en una serie de ofertas de PFI separadas para financiar mejoras en aspectos diferenciados de su infraestructura de metro de Londres y operaciones, mediante licitación competitiva en cada caso.

Los planes del Gobierno para una modernización más amplia del metro por medio del PPP estaban destinadas a revertir el deterioro del sistema causado por un período sostenido de la falta de fondos en los últimos sesenta años. A pesar del crecimiento constante del excedente de explotación del metro de Londres, ha sido insuficiente para satisfacer las necesidades de inversión del metro. La situación se vio en apuros cuando el capital de inversión era totalmente escaso, para 1998, el valor de la cartera de pedidos de trabajo resultante del pasado subinversión era por “valor de £ 1,2 mil millones (€ 1900 millones)”⁸⁰. Esto significa que los activos todavía estaban siendo utilizados más allá de su vida de diseño con el consiguiente incremento en el mantenimiento y los gastos de inspección y creciente falta de fiabilidad.

⁷⁹ European PPP Expertise Centre. Eib.org. Retrieved on 2011 Pág 26

⁸⁰ European PPP Expertise Centre. Eib.org. Retrieved on 2011 Pág 26

La necesidad de extraer capital privado fue realmente clara, después de establecer diferentes posibilidades, se decidió realizar un proyecto PPP, en donde participarían varias figuras societarias.

Desarrollo del PPP ha tenido lugar en el contexto de una reorganización fundamental de la gobernanza local en Londres. A raíz de unas iniciales Libro Blanco en marzo de 1998 el Gobierno ha establecido un mayor.

London Authority (GLA) que consiste en un alcalde elegido de Londres y una Asamblea de Londres para hacerse cargo de la responsabilidad de una serie de cuestiones estratégicas incluyendo la planificación del transporte para Londres. El 3 de julio de 2000, tras la creación del GLA en mayo de 2000 el transporte en Londres se convirtió en la responsabilidad de la GLA a través de un nuevo órgano ejecutivo, TfL.

División del proyecto del metro de Londres

Según el plan presentado por las autoridades británicas, el metro de Londres se divide en un “una empresa que opera a ser retenido en el sector público y tres empresas de infraestructuras, o Infracos”⁸¹, para ser transferidas al sector privado en los términos de los contratos de PPP adjudicados.

En primer lugar, según las propuestas del PPP se describen a continuación, el metro continuará dirigido por una empresa que opera en el sector público solo, que dará empleo a tren operadores, personal de la estación y de la línea / controladores de red ("Metro de Londres" o "LUL" que, como ya se ha descrito, será controlado por TfL).

En aplicación del APP, **la empresa operadora (SPV)** Metro de Londres hará lo siguiente: Conservar la responsabilidad de la prestación de servicios de pasajeros en

⁸¹ European PPP Expertise Centre. Eib.org. Retrieved on 2011 Pág 28

el metro, incluyendo el funcionamiento de los trenes y las estaciones; Se encargará de recoger y retener todas las tarifas y otros ingresos, Seguir gestionando los contratos existentes PFI de toda la red, y cualquier otra Contratos PFI permiten antes o después de la finalización de la PPP.

A estos efectos, cada estructura se concederá en un contrato de arrendamiento de la propiedad para que sea responsabilizado al operador. El sector público conservará la plena propiedad de los bienes inmuebles o elementos de la red que compone todas las estructuras durante una primera fase transitoria, sin embargo, dichas estructuras fueron creadas como entidades del sector público. En la primavera de 2000, el personal, los activos, contratos y otros derechos y responsabilidades fueron transferidos a la todavía Entidad pública de estructuras, que tiene la propiedad por medio de un esquema de transferencia de activos legal en virtud de la London Ley de Transporte Regional de 1984. Antes de transferir al sector privado, cada Estructura tendrá por objeto la gestión de su negocio, del negocio que le fue asignado con el fin de cumplir con el rendimiento requisitos de los contratos de servicios y, en la medida de lo posible, en la actuación de conformidad con las demás condiciones de los contratos.

En una segunda fase, los operadores privados se convierten en accionistas de la Infracos. Las empresas privadas adquieren, por una suma nominal (sujeto a posibles modificaciones que reflejar los cambios en un balance asumido), el capital social de la correspondiente Infraco. Como resultado, Infracos se convertirá en empresas privadas de infraestructura.

3.3. Progetto BUL Lombardia

Se desarrolla por medio de un Joint Venture Corporativo, El Proyecto BUL (Banda Ultra larga en Lombardía) pretende llevar FTTH de 50% de la población de Lombardía, que cubre 167 de los 1.546 municipios (excepto el municipio de Milán) en

los próximos seis a siete años. El proyecto tiene por objeto ayudar a los operadores a superar las barreras de acceso al mercado, el desarrollo de la demanda y permitir servicios que mejoren la productividad, eficiencia, competitividad y la calidad de vida. El proyecto es visto como clave para mantener el ritmo de otras áreas industrializadas de Europa.

El proyecto BUL es un ejemplo del modelo de empresa mixta. Esto le permitirá asegurar experiencia y financiamiento mientras se mantiene el control público sobre el alcance del proyecto.

Se estima que la inversión total del proyecto en 2 millones de euros. El proyecto se ha dividido en dos subgrupos, y el primero de ellos se divide en seis grupos.

“Cada sub-cluster se asume que será construido por un SPV dedicado responsable de llevar a cabo la inversión. 80% del capital de cada SPV estará a cargo de los proveedores de equipos de telecomunicaciones, y el restante 20% por un NewCo. El capital social de NewCo será suscrito el 51% en la Región de Lombardía y el 49% en los OLO ("Otro operador con licencia") y el titular”⁸². Gobierno de NewCo se asegurará el control de voto por Regione Lombardia hasta la finalización de la construcción. Los vendedores tendrán entonces una manera de salir del proyecto, como un fondo de infraestructura será establecido para adquirir sus participaciones.

“Los vendedores y NewCo entonces entrar en un acuerdo de venta y llamada con un fondo especializado que tiene un medio / horizonte de inversión a largo plazo”⁸³. Para los vendedores, la invocación de transferencia y es un contrato para vender su participación en el SPV a un fondo previamente creado, de infraestructura en un momento dado a un precio fijo. Telecom Italia a su vez tiene un contrato para

⁸² Broadband, “Delivering next generation access through PPP”, Pág 1 2010

⁸³ Broadband, “Delivering next generation access through PPP”, Pág 1 2010

comprar el nance entresuelo fi de NewCo, este consiste en un préstamo subordinado prestado por el NewCo al SPV.

Tener prestamista convertido entresuelo Newcos, así, TI posteriormente tener el derecho a convertir este préstamo mezzanine en acciones de SPV en una proporción de conversión acordado entre las partes.

Con un funcionamiento público y privado conjunto, la empresa que combina la desconexión de la antigua infraestructura de cobre y un enfoque orgánico (La creación de la infraestructura y el desarrollo de la demanda) **Propiedad Regione Lombardia**, empresa de telecomunicaciones, operadores y proveedores de servicios. Vista como una forma de obtener fondos y experiencia del sector privado.

La inversión del sector privado ha sido solicitada por el Gobierno regional ("la Región"). Sin embargo, la región debe mantener el control del proyecto hasta la finalización de la fase de construcción, a través de su papel en la NewCo la gestión de las entidades instrumentales de ejecución del proyecto.

El Proyecto BUL, se desarrolla con las siguientes bases

- El uso del modelo de **PPP** con la creación de la empresa mixta para realizar la infraestructura pasiva necesaria para implementar la NGN;
- La puesta en común de actividades de planificación y financiamiento para la realización de las infraestructuras pasivas entre gobierno central, los operadores de telecomunicaciones, las autoridades públicas locales (especialmente las Regiones) y pública e instituciones financieras privadas, y
- El cimiento y la gestión de iniciativas locales a nivel operativo

El papel de las autoridades públicas es clave para garantizar la igualdad para los operadores, el fomento de la competencia, estimular la demanda y promover el uso de servicios digitales.

3.4. Wasser Berlín - Alemania

Los objetivos de este proyecto APP son aumentar la eficiencia, la transferencia de tecnología y experiencia; también, introducir nuevos recursos financieros, a través del APP con actores del consorcio internacional, las autoridades públicas, participantes del Joint venture Co, y la Estructura Financiera.

Así, se desarrolló un contrato entre las Partes Joint venture, más el contrato de concesión de la operación en donde el riesgo de asignación cae sobre todo, en la empresa privada que se creó.

Este caso ilustra una empresa conjunta con el PPP una concesión operativa en el sector del tratamiento del agua. Es un intento de reconciliar la falta de recursos financieros y los problemas sociales que enfrentan las economías en transición

Berlinwasser Holding es en la actualidad una de las empresas administradoras de agua más grandes de Europa, que atiende a más de tres millones de clientes de agua, y se encarga de aguas residuales en Berlín y sus alrededores. Después de la reunificación del país en 1992, el Gobierno alemán puso en marcha un programa de privatizaciones para aumentar el rendimiento global de la mayoría de las grandes empresas estatales heredadas de la era socialista.

Dado que el proceso de privatización se llevó a cabo bajo las limitaciones de tiempo, no fue posible incluir un componente de gran PPP en el programa. Sin embargo, un número de empresas fueron capaces de atraer el interés de empresas privadas. Este es el caso de la de Berlín Wasserbetriebe, antiguo cuerpo de agua pública del Estado de Berlín.

“El Berlín Wasserbetriebe se privatizó a través de un proceso europeo de licitación de ancho, que dio lugar a la constitución de una APP en la forma de una empresa conjunta entre un consorcio internacional y la ciudad de Berlín. El consorcio internacional comprende aguamarina GmbH RWE y Allianz Capital Partners GmbH, ambas empresas alemanas y Veolia Deutschland GmbH (antes Vivendi de Francia). La empresa de nueva creación es la Berlinwasser Holding AG.At, actualmente presente en Berlinwasser y opera 11 obras de agua para el abastecimiento de agua y 7 plantas de tratamiento de aguas residuales, todo conforme a las normas reguladoras de la calidad del agua potable y las descargas de efluentes”⁸⁴

3.5. Shetland Shefa proyecto 2 Interconnect – infraestructura de redes

Este gran proyecto desarrolla la Shetland SHEFA 2 Interconexión de proyectos ("Proyecto de interconexión") forma parte de la isla Shetland del Consejo de ("SIC") estrategia para fomentar un rápido despliegue de redes de banda ancha en las islas Shetland. Se refiere a la suministro de una conexión de red de núcleo de próxima generación entre Lerwick, la principal ciudad de la Shetland Islas, y un cable submarino existente, SHEFA-2. El cable es operado por las Islas Feroe Telecom21 y aterriza en el al sur de las islas Shetland.

El objetivo principal del Proyecto de interconexión es proporcionar red de retorno adecuada en el Shetland Islas en aquellas zonas en que la infraestructura está disponible ahora, y no hay servicios de backhaul similares son prevista por operadores en condiciones comerciales. Mecanismo de financiación

El proyecto de interconexión es un ejemplo del modelo de externalización público. SIC financiar la construcción de la red de retorno que proporciona un enlace elástico sólido para servicios de internet y conservará la propiedad de la infraestructura.

⁸⁴ European Commission, “Resource Book On PPP Case Studies”, Directorate General Regional Policy, June 2004, Pág 8

La opción preferida del SIC es invertir en la infraestructura de red y formar una SPV, con el fin de atraer capital privado.

La empresa que más oferta genera es Telecom para administrar y operar la infraestructura de red en el nivel mayorista. Se espera que el SPV para estar en la forma de una asociación entre el SIC y un socio de telecomunicaciones establecida, con la SPV independiente de control de la SIC. Este SPV funcionará como el proveedor de servicios al por mayor de la red infraestructura; posiblemente en un contrato renovable de tres años - efectivamente como un proyecto de outsourcing público. Una oferta proceso de selección de la empresa de telecomunicaciones preferido es actualmente en curso.

4. CARACTERÍSTICAS DEL JOINT VENTURE CORPORATIVO

Partiendo de una definición simple, como herramienta inicial de trabajo podemos decir que Joint Venture es una reunión de fuerzas entre dos o más empresas del mismo o de diferentes países con la finalidad de una operación específica (industrial, comercial, inversión, producción o comercialización externa) mantienen sus respectivas autonomías jurídicas con el fin de realizar un objetivo común mediante la aportación de recursos y la administración compartida de ellos.

En la actualidad existe una confusión del concepto entre Joint Venture y las Alianzas Estratégicas, “por lo general se cree que son lo mismo, para poder separar los conceptos se considera más apropiado desarrollar algunas características básicas de los Joint Ventures”⁸⁵

- Carácter ad hoc (es creado para esto), la cual se encuentra destinada básicamente a un proyecto, sin por eso ser de corta duración, pero sí de duración limitada.

⁸⁵ <http://www.elmundo.com.ve/diccionario/joint-venture> Artículo

- Las empresas mantienen sus propias personerías jurídicas individuales, lo que significa lo contrario de la fusión. Las empresas son preexistentes.
- Las aportaciones que deberán cumplir los contratantes pueden consistir en dinero, bienes, tecnología servicios etcétera.
- Contribuciones y comunidad de intereses de los participantes.
- Se busca una utilidad común.
- Contribución a las pérdidas.
- Facultad recíproca de representación de la otra parte.
- Control conjunto de la empresa.
- El objetivo común, que debe explicitarse en el acuerdo
- Se trata de una inversión de riesgo y no de una inversión financiera

4.1. Clases de Joint Ventures

De acuerdo con las aportaciones realizadas y la forma de realizar la colaboración conjunta los contratos de joint venture pueden clasificarse en:

A. Joint Venture de alianzas estratégicas: No es obligatorio realizar un aporte económico. Es la suma de características de cada miembro puestas al servicio de un fin colectivo.

B. Joint Venture de coinversión: Es un negocio conjunto con aporte monetario o de bienes y una misma dirección, que es el propósito de obtener mayores utilidades de las que pudieran alcanzarse individualmente.

C. Joint Venture contractual: Las personas implicadas realizan una actividad en común, pero no establecen una nueva empresa, sino acuerdos de colaboración en los que se estipulan cláusulas que rigen las actividades que cada parte realizará, la forma de repartir ganancias y riesgos.

D. Joint Venture Corporativo: La variada tipología del Joint venture, arroja grandes esquemas de formación, el Joint Venture nos permite concebirlo como

una relación asociativa compleja que implica, en definitiva, un nexo que vincula una serie de relaciones jurídicas que se desprenden del mismo Joint Venture Corporativo.

D.1. Joint Venture Corporativo Privado: los socios que intervienen y comparten los riesgos y las utilidades son de naturaleza privada, a fin de conformar una sociedad nueva para la realización de metales y fines en común.

D.2. Joint Venture Corporativo Público Privado: Los socios se componen uno del sector público, y otro del sector privado (asociación público privada institucional), para la conformación de un vehículo especial de cumplimiento de obras públicas, servicios públicos o el desarrollo de infraestructuras públicas, el privado por su parte se ve beneficiado de las utilidades que con dichos proyectos logre en el repago, dependiendo del contrato que se adelante (diseño, construcción, administración, ejecución etc.)

D.3. Joint Venture Corporativo Con Socio Extranjero: En esta figura, tanto el Estado como el particular pueden asociarse con una persona extranjera de derecho privado, para formar una sociedad ya sea privada, dentro del territorio nacional, o público privada, en ambos casos acogéndose a la ley donde nazca y funcione la sociedad.

D.4. Joint Venture Corporativo de Responsabilidad Uniforme: creada la nueva sociedad con personería jurídica independiente, se establece la responsabilidad y utilidades de manera uniforme entre todos los socios, en principio, esto puede ser meramente modificado en los estatutos de constitución, atendiendo a las prohibiciones o permisiones legales del ordenamiento jurídico doméstico, estableciendo los aportes en especie o en dinero para el funcionamiento de la sociedad y la participación y utilidad uniforme de entre sus socios.

D.5. Joint Venture de Responsabilidad Limitada: Para celebrar un contrato de joint venture se requieren mínimo dos partes involucradas, que generalmente son

personas morales nacionales o internacionales que desean mejorar su propia condición a través del posicionamiento en el mercado de la otra parte ofreciendo como contraprestación ventajas competitivas, posibilidad de expandir el mercado, entre otras

Una sociedad de responsabilidad limitada es similar a una sociedad general, excepto que tiene dos clases de socios. El socio general, o socios generales tienen plena gestión y control del negocio de la sociedad, sino también aceptar la responsabilidad personal total de los pasivos de asociación. Los socios limitados no tienen responsabilidad personal más allá de su inversión en la parte social. Los socios comanditarios no pueden participar en la dirección general y las operaciones diarias del negocio de la sociedad sin ser considerados socios generales en los ojos de la ley o los estatutos.

El socio general puede ser un individuo o una corporación. Una de las situaciones más comunes de sociedades limitadas implica un socio silencioso, donde uno o más socios limitados proporcionan financiamiento para la empresa y los socios generales manejar el negocio. Una sociedad limitada en este caso protege el patrimonio de los socios silenciosos, al limitar su exposición y la responsabilidad y actúa como un conducto para transmitir los beneficios de explotación actuales o pérdidas para ellos.

La mayoría de las jurisdicciones requieren acuerdos de asociación limitada sea por escrito y, en su mayor parte, contiene las mismas disposiciones que las que en una sociedad general acuerdo - con algunas adiciones complejas. Los costos legales de la formación de una sociedad de responsabilidad limitada pueden ser aún mayores que el de una empresa, porque en algunos estados que se rigen por las leyes de valores.

Otro aspecto de las sociedades limitadas es que en algunas empresas, el socio limitado (también llamado el inversionista pasivo) puede estar sujeto a obligaciones fiscales especiales que pueden compensar las ventajas fiscales refugio.

4.2. Constitución y Formas Legales De JVCo

Para la compra de obras, servicios y suministros por los órganos de contratación se rigen por el órgano Estatal y las normas sobre contratación pública. Contratos adjudicados por un poder adjudicador (por ejemplo, una autoridad local).

La selección de un socio por una autoridad local a los efectos de la formación de una empresa de riesgo compartido es lo más viable, sin necesidad de recurrir al poder central de determinado Estado.

Ya que el acuerdo se fija entre las partes en lugar de un contrato de bienes, obras o servicios.

En el caso del Reino Unido por ejemplo, no hay ningún requisito legal de seguir los procedimientos de la UE, puede ser aconsejable seguir las reglas voluntariamente. En la estructuración de un proceso de contratación, la constitución de la sociedad se ve similar a la adjudicación del contrato; un ejercicio de adquisiciones puede ser:

Se utiliza para seleccionar el socio y adjudicar los contratos. Otra razón para seguir reglas es que siguiendo un concurso abierto, transparente y no discriminatorio, para elegir al socio más adecuado y los términos y condiciones más favorables se obtendrán por la autoridad local.

De esta forma se disminuye la probabilidad de que la empresa conjunta inadvertidamente obtenga ayudas estatales, respetando las condiciones de adjudicación.

El JVCo puede estar sujeto a las normas de contratación pública, en función de una serie de factores tales como el nivel de financiación pública entraña y la

naturaleza de la actividad y la cantidad de control ejercido por la autoridad pública ya sea nacional o local.

4.2.1. La implementación en los marcos jurídicos

El principio básico de la contratación pública es que un procedimiento basado en la licitación siempre se debe utilizar, salvo en circunstancias excepcionales. Pero atendiendo a procedimientos de selección, y garantías de transparencia.

Tener como regla general el proceso Abierto – Abierto, publicidad y todos los interesados podrán presentar ofertas.

Excepcionalmente diseñar la “invitación restringida a licitación de las empresas en una lista o licitación selectiva donde un procedimiento de pre- calificación puede ser adoptado”⁸⁶.

Ya en la práctica de la licitación o el proceso de selección, se debe hacer todo lo posible para garantizar una competencia suficiente, y el órgano de contratación debería aspirar a recibir al menos tres ofertas realistas en cada caso.

En la evaluación de las ofertas, el órgano de contratación podrá decidir cuál oferta aceptar, no podrá atender a la oferta económicamente más ventajosa, únicamente teniendo en cuenta este criterio. Si el órgano de contratación tiene la intención de utilizar el último método, debe indicar en el pliego de condiciones o en el anuncio, cual criterio piensa aplicar a la adjudicación y de ser posible en orden de importancia.

De igual manera deben aplicarse los principios de.

⁸⁶ Guidance on PPP Joint Venture Companies Guidance on the adoption of a Joint Venture Company approach for a Public Private Partnership, Ireland, 2004

- **Transparencia:** En todo el proceso de adjudicación y contratación debe llevarse a cabo con un grado de transparencia.
- **Igualdad de trato a todos los licitadores:** Deben ser tratados de igual manera, dando las mismas oportunidades tanto en las condiciones técnicas del contrato como en el proceso de adjudicación.
- **Requisitos de proporcionalidad:** Debe ser proporcional a las necesidades que deben cumplirse con la conformación de una JVCo.

De esta forma es importante que en el proceso y condiciones de determinada licitación o concurso público, a la hora de establecer un JVCo, se establezcan ciertos umbrales, tanto en los aportes del socio privado, como en las competencias o directrices de la entidad contratante, así como el umbral de utilidades de la empresa tanto para el sector público, como para el sector privado, en determinado sector y determinado proyecto y asignarles un valor en la norma o el documento de licitación.

- Los conocimientos técnicos y la capacidad
- Experiencia relevante y los resultados anteriores
- Situación económica y financiera
- Habilidades de marketing
- Cuota de mercado y potencial de acceso a estos mercados
- Fortalezas organizativas
- La autoridad o entidad pública también debe considerar "temas más suaves" que son más difíciles de evaluar, tales como:
 - ✓ Ajuste Cultural
 - ✓ Gestión de las relaciones
 - ✓ Reputación
 - ✓ Los posibles conflictos de intereses

Se recomienda tener especial precaución de las entidades que lideran la licitación en obstaculizar cualquier empresa que tenga ayuda estatal con ánimo de ganar la plaza en la constitución del JVCo, con el ánimo de garantizar la transparencia.

Las implicaciones de las ayudas estatales en la formación de una empresa de riesgo compartido se deben considerar en cada caso, prestando especial atención a las siguientes áreas:

- ✓ La ayuda posible al socio del sector privado; que puede ser evitado mediante el uso de una justa y transparente medida en un proceso de selección abierto.
- ✓ La ayuda posible a la nueva empresa conjunta; que puede evitarse asegurando que todos los activos que se transfieren de la autoridad local a la nueva empresa sean demostrados financieramente.
- ✓ La ayuda posible al cliente final; que puede ser evitado por asegurar que el terminado de producto / servicio se vende a un precio justo y comercial, con los respectivos soportes de elaboración y/o cumplimiento, entrega y recibo.

Cuando en una sociedad de riesgo compartido se configura el control de la compañía es generalmente proporcional a la porcentaje de acciones en poder de cada parte, que a su vez refleja la inversión realizada por el sectores público y privado, respectivamente. En una primera etapa una autoridad local debe decidir el nivel de control que desea ejercer sobre JVCo, basado en el nivel de riesgo que está dispuesto a soportar a cambio de un mayor peso del control y recompensas. Incluso si la autoridad local no tiene una participación mayoritaria en JVCo, puede proteger sus intereses a través de la colocación controles adicionales en el acuerdo de accionistas.

“El control y el porcentaje de participación atribuida a cada parte también determinarán la clasificación de la empresa”⁸⁷.

4.2.2. Formas Legales

La experiencia internacional muestra, en síntesis, tres documentos legales que registrarán la forma jurídica y el funcionamiento de JVCo. Estos son:

- “Escritura de constitución de la asociación y creación de la empresa
- Artículos de Asociación, y
- Acuerdo de Accionistas”⁸⁸,

Con el fin de ser incorporado, una entidad debe preparar dos documentos conocidos como la Escritura de constitución y los Estatutos Sociales. Deben enviarse Estos documentos al Registro de Sociedades con el formulario de solicitud de constitución de la empresa.

Cuándo el Registrador considera que los trámites necesarios se han cumplido, la Registraduría expide un certificado de incorporación, que es efectivamente la partida de nacimiento de la compañía. La empresa cuenta con personalidad jurídica con efectos a partir de la emisión del certificado.

Una vez que una empresa ha cumplido con los requisitos formales contenidos en la legislación (en este caso la legislación aplicable del Reino Unido), y se ha emitido un certificado de incorporación por el Registro de Empresas, tiene personalidad jurídica propia.

⁸⁷ Guidance on PPP Joint Venture Companies Guidance on the adoption of a Joint Venture Company approach for a Public Private Partnership, Ireland, 2004

⁸⁸ Guidance on PPP Joint Venture Companies Guidance on the adoption of a Joint Venture Company approach for a Public Private Partnership, Ireland, 2004

Si nos referimos a una empresa limitada, por lo que entendemos que la responsabilidad de un accionista de la empresa se limita a la cantidad, si la hay, no pagados sobre las acciones que se llevan a cabo por él o ella. Una empresa conjunta también debe preparar un acuerdo de accionistas, un acuerdo contractual entre las partes implicadas, que establece la propiedad y gestión de detalles de la nueva sociedad.

A diferencia de la Escritura de Constitución y el artículo de la Asociación, el acuerdo de los accionistas es confidencial y su contenido no es necesario que se hagan públicos, por tanto no es entregado al Registro de Empresas para el registro.

4.2.2.1. Memorando de Asociación a partir de la experiencia en Reino Unido

Esta es, en pocas palabras una declaración de los objetos y poderes de la empresa. También debe contener el nombre de la empresa y una cláusula de responsabilidad. Si la empresa está limitada por acciones, el memorando también debe tener una cláusula de capital y la lista de los nombres y direcciones de los suscriptores y el número de acciones tomadas por cada suscriptor. Si la empresa está limitada por garantía, no tiene un capital social, que debe contener una cláusula de garantía y los nombres y las direcciones de los abonados. La primera lista de la Ley de Sociedades de 1963 establece las formas legales del memorándum de la asociación para los diferentes tipos de empresas.

El memorando también establecerá los poderes de la empresa, por ejemplo, el poder de entrar en contratos o pedir dinero prestado. Cuando una empresa entra en una transacción, que no lo hace además sus objetos, esa transacción es ultra vires es decir, más allá de la capacidad de la empresa. “Esta transacción generalmente será nula de pleno derecho, pero si el tercero actuó de buena fe y era no realmente consciente de que la operación no estaba dentro de los poderes de la empresa, entonces la transacción será efectiva en términos de la tercera persona de confiar en

ella. El director o funcionario de la empresa que se encarga de la transacción será responsable ante la sociedad por cualquier daño o perjuicio sufrido por ella como resultado (sección 8, Ley de Sociedades de 1963.)⁸⁹”

4.2.2.2. Estatutos Sociales

Los Estatutos Sociales son reglas por las cuales los miembros de una empresa estén de acuerdo en estar registrados públicamente. Este documento regula la administración interna y la gestión de la empresa. Establece las normas de la empresa en relación con la conducta de las reuniones del director, la votación en reuniones de los miembros, las restricciones en relación con la transferencia de acciones, etc.

Los Estatutos deben darse a un Inspector de Auditorías, quien tiene los derechos a inspeccionar las cuentas de la empresa de riesgo compartido, a fin de garantizar que las autoridades y entidades tengan la contabilidad de la entidad separada correctamente. En este punto es bueno que los estatutos de la asociación tengan un artículo dando facultades de investigación al auditor, de las cuantas y presupuesto de JVCo.

4.2.2.3. Acuerdo de Accionistas

En el objeto de hacer un acuerdo de accionistas, es un contrato entre los accionistas de la empresa y complementa los elementos de la Escritura de Constitución y Estatutos Sociales.

Para esto es aconsejable tener un acuerdo de accionistas, donde hay más de un miembro de una empresa y los pormenores del acuerdo dependerán de la naturaleza de JVCo. Su principal objetivo es establecer cómo ciertas cuestiones han de ser

⁸⁹ Reino Unido Ley de Sociedades de 1963

gobernados en una empresa, y se suelen incluir normas sobre el negocio de la compañía y su gestión, por ejemplo,

- Como se va a conformar y elegir la junta directiva,
- Como se van a manejar los desacuerdos son para ser manipulados, y
- que va a suceder en el caso del abandono de los accionistas. Un accionista no puede modificar unilateralmente los términos del acuerdo.

Una de las ventajas del acuerdo de accionistas es que puede tratar los asuntos más sensibles que no se tratan en los Estatutos o escritura de constitución (remuneración o funciones internas por ejemplo los directores cuestiones de gestión), ya que el acuerdo no necesita estar registrado en el Registro de Empresas.

Otros asuntos tratados en el acuerdo de accionistas pueden incluir la distribución de dividendos, la financiación futura de la empresa y la transferencia de acciones. El acuerdo puede también se utilizará para dar derechos a los accionistas que no pueden normalmente tener, como dando derechos de veto restrictivas a un accionista minoritario. Sin embargo, se debe tener cuidado para evitar pasar el control excesivo al accionista minoritario por estos medios.

4.3. Aportes JVCo

4.3.1. Financiamiento

Hay dos categorías principales de financiación de capital que se producen en el establecimiento de una empresa y estos sean aplicables a JVCo:

- La financiación inicial, para consolidar el patrimonio de entrada de la empresa
y
- La financiación adicional

La financiación inicial "start-up" que la autoridad local puede inyectar en JVCo puede estar en la forma de activos distintos al efectivo, por ejemplo, tierra. Esta financiación inicial también puede estar en la forma de deuda o donaciones.

La inyección de dinero que no es en efectivo será a cambio de un nivel de control, influencia sobre el funcionamiento de JVCo y para una emisión de acciones en la empresa.

La autoridad o entidad estatal debe garantizar que posee cualquiera de los activos o tiene la autorización para transferir estos activos a JVCo a cambio de una participación en la empresa. Los activos que se transfieren por medio de la entidad y debe ser sólo para los fines previstos según lo establecido en los acuerdos de accionistas.

La participación que la entidad estatal recibe en JVCo debe basarse en la valoración de su inversión en JVCo.

4.3.2. Emisión de Acciones de la Empresa Joint Venture Co

Primero, y antes de emitir acciones de la Compañía Joint Venture, la autoridad o entidad estatal debe tener en cuenta tres factores.

- Los activos que se transfieren a JVCo y el valor de estos activos.
- El nivel de participación que la autoridad local o entidad pública llevará a cabo sobre la base deseada
- La clasificación de la empresa de riesgo compartido, es decir, clasifica privada o pública (Público – Privada)

El método de cómo las acciones se emitirán y cómo van a ser asignados a sus respectivas partes deben ser hechos en relación con los activos que se transfieren a la empresa por cada parte y los riesgos que cada parte pagará.

Sobre la base de las discusiones entre la autoridad local y el socio privado seleccionado se elaborara un acuerdo en cuanto a la división en la participación entre las dos entidades y el nivel de control que cada socio desea. Esta asignación será capturada legalmente en el acuerdo de accionistas. La división en la participación debe basarse en deseo de la autoridad estatal, la empresa escogida y el impacto comercial que esto tendrá en JVCo. El acuerdo de accionistas es un documento legal se fija la asignación de acciones entre los respectivos socios de Joint Venture.

Durante este proceso, la autoridad local debe considerar la cantidad, el valor y el tipo de acciones que requiere ser autorizado y emitido en JVCo. Hay dos tipos principales de acciones que pueden ser emitidas en una sociedad de responsabilidad limitada y estos son: Las acciones ordinarias y las acciones preferentes.

4.3.2.1. Acciones ordinarias

Son acciones de capital ordinarias la forma más común y más fácil de capitalizar una empresa. Estas acciones pueden ser emitidas, ya sea para un efectivo o aportaciones no dinerarias por ejemplo, tierra. Los titulares de las acciones ordinarias generalmente tienen el control de la empresa, ya que tienen los derechos de voto unido a esas acciones. Las acciones ordinarias conllevan el riesgo y la recompensa de la propiedad; ellos son el derecho a una parte de las utilidades retenidas, pero también corren el riesgo de convertirse en sus acciones sin valor cuando el JVCo no tiene éxito.

Cada acción ordinaria en JVCo tiene su respectivo derecho de voto y entre más acciones que se llevan a cabo, más derechos de voto que se asocian con un socio. Con dichos derechos de voto, un socio puede influir en la toma de decisiones de la empresa. La autoridad o entidad pública debe ser consciente de que si se emiten acciones ordinarias adicionales en la empresa, esto puede alterar su porcentaje de propiedad social existente.

Una parte adicional de emisión puede ser necesaria con el fin de proporcionar financiación adicional que se requiere para JVCo. La participación de las autoridades o entidades públicas puede aumentar o disminuir si optan por suscribirse o no a la emisión de cuota adicional. Basado en la Escritura de Constitución y Estatutos Sociales.

4.3.2.2. Acciones Preferentes

En este modelo también es posible emitir acciones preferentes en JVCo, se recomienda tomar una indicada asesoría, ya que ciertos tipos de acciones preferentes son de naturaleza similar a las acciones ordinarias en que tienen derechos de voto y elección en el control de la compañía. Sin embargo, a diferencia de los accionistas ordinarios, que tiene un derecho a un porcentaje de las ganancias de JVCo, los accionistas preferentes reciben una cantidad predeterminada. Por ejemplo, un porcentaje de x cantidad de dinero, Este dividendo es pagadero al accionista preferente antes de que los beneficios se repartan entre los accionistas ordinarios.

JVCo siempre debe tratar de mantener reservas adecuadas para pagar los accionistas preferentes, pero en el caso de que esto no es posible (es decir, JVCo está haciendo una pérdida) del dividendo adeudado a la accionista preferencia se acumulará hasta que la empresa es obtener beneficios y está es una de las condiciones de pagar el dividendo acumulativo a los accionistas preferentes.

Las acciones preferentes pueden ser la opción preferida para la autoridad o entidad participante de la sociedad, en algunas circunstancias como ciertos derechos se pueden unir a las participaciones preferentes, tales como la capacidad de vetar una votación los accionistas ordinarios de la mayoría o para nombrar a los directores a la junta.

De esta manera el holding de participaciones preferentes por la entidad estatal puede ser una manera de ejercer adicional control sobre la sociedad. Por ejemplo, si

hay una división de 50/50 en el accionariado ordinario de JVCo y la autoridad local tiene acciones preferentes con derecho a voto, en el caso de situación de bloqueo que ocurre la entidad podría utilizar estas acciones en su beneficio. Por razones obvias, el socio privado no puede ser feliz con una situación de este tipo, ya que significa un control adicional de la entidad pública.

Debe tenerse en cuenta que no todos los tipos de acciones preferentes son de derecho a voto y si existe la preferencia de acciones en un Joint Venture se recomienda que el consejo tomarse en relación a los derechos de los asociados a estas acciones.

4.4. Estrategias de salida de un JVCo

Para este modelo de negocio, las empresas mixtas permiten que los socios trabajen juntos en un proyecto determinado o en un negocio particular. Una o más partes pueden querer salir de la compañía a finales o durante el desarrollo de la empresa. La estrategia de salida que se elija dependerá de crecimiento de la empresa, la situación financiera de los socios y las condiciones actuales de la industria, veamos en este segmento algunas estrategias de salida recomendables en el modelo JVCo.

4.4.1. Oferta Pública Inicial

En el evento en que el negocio sea prometedor, los socios pueden decidir continuar con sus operaciones como una empresa permanente. Ofrecer acciones de la empresa al público en una oferta pública inicial, lo que le permite a la empresa y a los socios aumentar el capital al tiempo que proporciona un mecanismo de salida para aquellos que quieran terminar su participación en la sociedad. Cada socio recibe partes iguales a la participación que tuvieron en la empresa. Cuando un socio está listo para salir de ella puede vender su acciones en el mercado abierto. Sin embargo, las empresas que cotizan en bolsa están sujetas a requisitos de información adicionales y

restricciones de información privilegiada. El proceso de salida a bolsa también puede llevar mucho tiempo.

4.4.2. Creación Previa de un Fondo

Por decisión de los socios y en constancia con los Estatutos, y actas de constitución, aprobada por los socios, previamente se puede crear un fondo para prever la salida de los socios, de esta forma el fondo le comprara su participación a los socios que desistieron, la idea es que el fondo venda las acciones y no las conserve

4.4.3. Conservar Acciones

Si todos los socios no quieren salir, los socios que salen pueden decidir vender sus acciones a los que se quedan. Esta puede ser la mejor opción para empresas conjuntas con socios en diferentes etapas de sus carreras. Suele pasar que “los socios de más edad pueden pasar la empresa a los más jóvenes cuando están a punto de jubilarse. El mismo mecanismo puede ser utilizado para pasar de una empresa familiar a lo largo de la próxima generación”⁹⁰.

4.4.4. Tomar la iniciativa de vender acciones

Los socios también pueden optar, previo acuerdo, por vender la empresa conjunta y dividir las ganancias. El dinero se divide según el porcentaje de participación de cada socio. Sin embargo, los documentos de organización de la empresa también pueden especificar el porcentaje de cada socio en el caso de venta de la empresa. Los socios pueden negociar con la sociedad absorbente, los aspectos necesarios por ejemplo para que den continuidad a los empleados por los nuevos propietarios.

⁹⁰ Hearst Newspapers, LLC <http://smallbusiness.chron.com/llc-vs-limited-liability-partnership-3732.html> 2014, Artículo Web

4.4.5. Promocionar las Acciones al Interior de la Empresa

Si es permitido por los estatutos, y en vez de vender a los socios de la compañía, también se puede vender a sus empleados o gerentes. Esto asegura que se pega a su visión original y también minimiza la interrupción durante la transferencia de la propiedad. La compra puede ser financiada por los vendedores para que sea más fácil para los empleados hacer los pagos. Las compras de los empleados también requieren al menos la debida diligencia por parte del vendedor, porque la relación ya está establecida.

4.4.6. Liquidación de la Empresa

La liquidación de la empresa JVCo puede ser la mejor opción para las empresas conjuntas que han seguido su curso y alcanzado los objetivos. También es la última oportunidad para los socios de salvar algo de su inversión si la empresa está fallando. La empresa debe vender todos sus activos y pagar a sus acreedores antes de dividir los fondos restantes entre los socios. En la liquidación, existe la posibilidad de vender la empresa como un negocio activo. “El proceso de liquidación puede desperdiciar activos intangibles tales como la lista de clientes y proveedores relaciones de una empresa, ya que tienen poco o ningún valor concreto”⁹¹.

5. SOBRE EL PROYECTO DE CREACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA (JVCO)

Los derechos inherentes a las acciones y los derechos entre los accionistas se deben encontrar en un marco normativo primero y luego en el acto de constitución de la misma, típicamente en los documentos de constitución de la empresa y el acuerdo de accionistas.

⁹¹ Hearst Newspapers, LLC <http://smallbusiness.chron.com/llc-vs-limited-liability-partnership-3732.html> 2014, Artículo Web

“El nivel de participación accionaria será diferente dependiendo de si el Estado está tratando de conseguir que el proyecto fuera de balance, y si el Estado quiere mantener el control de gestión de la utilidad. Sin embargo, hay maneras variar el control del Estado o poder de veto incluso negativo sobre ciertas cuestiones de gestión, a pesar de que transfiere la mayoría de las acciones de la entidad para el sector privado”.

“Por razones estratégicas, el sector público, suele mantener el control de la entidad (al menos inicialmente)”⁹², sobre todo si la empresa conjunta es propietaria de los activos. Sin embargo, el sector privado va a querer estar seguro de que puede manejar la gestión de la entidad y por lo tanto requerirá poderes de veto o de derechos de voto ponderado sobre determinadas cuestiones.

También es conveniente que se emplee un “acuerdo de desarrollo conjunto Termsheet”⁹³, hoja de términos de formato corto que abarca cuestiones clave que deben establecerse entre las partes en un consorcio antes de comenzar a desarrollar un proyecto, así como la preparación de respuesta a la documentación del concurso para un proyecto.

Con esto se aclara, como la empresa conjunta, puede describir una variedad de acuerdos comerciales entre dos o más entidades separadas. Cada parte aporta recursos a la empresa y una nueva se crea, negocio en el que las partes colaboran juntos y comparten los riesgos y beneficios.

Como se ha señalado en este documento, es importante distinguir la formación de una entidad de JVCo (APP Institucional), de un acuerdo puramente contractual, que según los acuerdos entre el socio privado y el socio público, puedan llegar a crear una relación contractual, mas no societaria, como los contratos para el suministro de

⁹² Department of the environment, Heritage and local Government, “Guidance on the adoption of a Joint Venture Company approach for a Public Private Partnership in Ireland”, NDP, 2004

⁹³ Departamento de Medio Ambiente, Patrimonio y Gobierno Local Irlanda, "Un marco político para las Alianzas Público-Privadas " informe de mayo 2000

bienes o servicios, o una concesión, por el cual un organismo del sector público da a otra parte “concesionario”, el derecho a la prestación de servicios al público o la creación de una obra.

JVCo implica compartir el riesgo, es conveniente señalar que una empresa esté constituida por propiedad y gestión conjunta (privado-publico), la mejor estructura para la gestión y mitigación del riesgo y la obtención de beneficios, tanto como la explotación de activos. No debe ser visto como un modelo de entrega, en la que el sector público tiene por objeto transferir el riesgo al sector privado a través de la creación de relaciones de mercado, sino como una oportunidad de ambos sectores en busca de sus fines específicos y el fin común.

5.1. Proceso De Selección Del Socio Privado

Sin duda. Al tratarse de una actividad pública, es el Estado quien decide en últimas si configura o no el Joint Venture Corporativo, y su decisión debe considerarse a través de ciertas etapas.

La selección de un socio adecuado es clave para la exitosa relación entre lo local autoridad y el socio privado, y en última instancia a una empresa conjunta con éxito. Desde el principio, la autoridad local debe contener los objetivos a conseguir, y decidir la mejor manera de obtener un socio que pueda ayudar a la consecución de estos objetivos.

La autoridad local debe determinar el impacto de Valor por Dinero y aplicar las normas de contratación estatal correspondientes, incluso seleccionar el socio a través de un concurso abierto en el que sea posible. A través de la prueba del mercado, la autoridad local estará en una mejor posición para lograr la mejor relación calidad-precio, con éxito y negociar la transferencia del riesgo, atraer un mayor nivel de innovación y lograr un valor más justo por su contribución a JVCo.

Ya sea mediante un concurso abierto o un enfoque específico, el proceso sería similar.

El primer paso es investigar el mercado e identificar los principales jugadores. La autoridad local entonces debería desarrollar criterios de evaluación, los favoritos socios potenciales e identificar y negociar con el socio preferido. El calendario y desarrollo del proceso de selección se dependerá de las normas de contratación, lo que se utiliza el proceso de selección y el tiempo y los recursos disponibles para llevar a cabo el proceso.

En una primera etapa en el proceso de selección la entidad o la autoridad debe decidir cuáles son las cualidades, características y los activos que desea en un socio de empresa conjunta. De acuerdo a la contratación reglas, un contrato deben concederse sobre la base de la licitación sea adecuado por ejemplo el precio más bajo o la oferta económicamente más ventajosa para el Estado, pero este no debe ser el factor indispensable. En la selección de un socio para una empresa conjunta factores adicionales también tendrán que tenerse en cuenta. Estos son probablemente incluirán:

5.2. Razones y Objetivos Generales

La razón principal para el sector público en considerar la formación de empresas mixtas, es movilizar complementariamente los recursos del sector privado. La empresa conjunta permite a los recursos complementarios de las partes del sector público y privado que sean integrados, por lo que la creación de una nueva empresa, es la complementación no solo de capital, sino de los demás recursos.

El propósito de la JVCo (App Institucional), sería la consecuencia de una, o una combinación de los siguientes objetivos:

5.3. Captura de Capital Privado y Financiación

El deseo de capturar valor a largo plazo, a partir de dicho desarrollo de la propiedad o una comercialización, en busca de un Gran Mercado de oportunidad, con iniciativas propias. Una empresa conjunta es una alternativa, un mecanismo para la captura de capital a largo plazo, ya que el organismo del sector público tendrá un patrimonio en la participación en la empresa conjunta. Esto es totalmente conveniente, puesto que dicha empresa puede seguir funcionando a largo plazo y a proyectos futuros, con un mercado ya conocido y tal vez conquistado.

5.4. Establecer la Ruta de Mercado

La necesidad de establecer una nueva ruta de mercado hacia los campos con mayor necesidad de explotación desde la demanda pública, orientados también por ejemplo a nuevas temáticas como, el mercado de la propiedad intelectual u otros activos, como por ejemplo a través de la formación de una empresa spin-out de un Sector Público Research Establishment (PSRE) (De investigación de giro hacia afuera del mercado) para establecer y administrar un negocio autónomo.

5.5. Gestión de Programas de Prestación de Servicios

La necesidad de gestionar un programa a largo plazo de los servicios entrega y/o de inversión, con el fin de mejorar la prestación y la eficiencia de los servicios públicos y la infraestructura, justifica la formación de una auto-posición separada y sostenible organización. “Esto incluiría, por ejemplo, La construcción de Escuelas para la educación futura y Local, con ese mercado explorado y constituido en competencia para la nueva empresa”⁹⁴.

⁹⁴ HM Treasury of UK, “Joint Ventures: A guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector” 2010. Pág 18

Como por ejemplo el caso “NHS LIFT y BSF LEP JV infraestructura estratégica” Un enfoque de asociación gradual ha sido seguido por el Departamento de Salud, para introducir la inversión de capital en el sector de la atención sanitaria y social a través del proyecto LIFT NHS. La iniciativa subyacente de NHS LIFT, es el nombramiento, previo, un proceso competitivo de selección de un socio para formar una empresa de riesgo compartido (LIFT Co), con los participantes del sector público, (En general, las autoridades públicas y las autoridades locales). LIFT contratos Co, debe entregar muestras identificadas y un precio de proyectos, así como también, proporcionar servicios a los participantes del sector público por medio de desarrollo del potencial de nuevos proyectos conforme a ese marco inicial.

LIFT Co tiene un período de exclusividad durante el cual, tiene el derecho de tanteo, para ofrecer nuevos proyectos. Todos los nuevos proyectos deben ser sometidos a pruebas de mercado para demostrar Precios VFM (Precios de mercado).

5.6. Identificación De Roles.

En algunos casos, el sector público puede ser un socio del sector privado en una empresa de riesgo compartido, que luego puede entrar en contratos con el mismo organismo del sector público. Cuando esto sucede, el órgano o entidad pública debe mantener una clara separación entre su papel como socio de riesgo compartido y su papel como cliente.

Si se ha llegado a la conclusión de que una empresa de riesgo compartido es una estructura adecuada a fin de lograr sus objetivos (públicos y privados), en consecuencia, se debe considerar y estar en plena seguridad, que una nueva entidad con objetivos definidos específicos, y que además responde a las necesidades del organismo o entidad del sector público (JVCo) si es un vehículo de administración adecuado.

6. FACTORES PARA EL ADECUADO USO DE LA EMPRESA MIXTA (JVCO)

6.1. Propósito del proyecto

Se refiere a la recuperación de plusvalías, hacia el mercado o un programa a largo plazo, las empresas (JVCo) tienen dentro de su razón de ser y conceptual, el desarrollo de uno o varios proyectos, y estos, debe ser la justificación para la creación de las mismas.

6.2. Objetivos Complementarios

“Las partes del sector público y privado tienen objetivos y competencias complementarias”, donde cada uno tiene una contribución que hacer para obtener resultados con éxito.

6.3. Riesgos y Beneficios Compartidos

“Cuando el sector público prefiere compartir los riesgos de desarrollo con un particular, y la creación de la empresa de riesgo compartido, (a cambio de compartir los beneficios), que pueden llegar a crecer a medida que se desarrolle la empresa JVCo”⁹⁵.

6.4. Entidad Estatal y Gobierno Corporativo

El proyecto se beneficiaría de la realización de los proyectos, la labor empresarial y “el sistema de gobernabilidad inherente a la creación de una entidad corporativa”. Una estructura de JV, que alienta un mayor enfoque en el logro de un

⁹⁵ HM Treasury of UK, “Joint Ventures: A guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector” 2010. Pág 32

plan de negocio acordado conjuntamente, logro de los objetivos y la responsabilidad directa de la ejecución de las actividades de una empresa en participación.

6.5. Gestión y Control

“El sector público desea obtener beneficios en la responsabilidad de gestión, y en el intercambio de experiencias para el desarrollo de proyectos”. En su caso, es posible que los objetivos de las políticas públicas sean preservados para asegurar el nivel deseado de control en la dirección de la empresa en participación, tanto a nivel de gestión de los participantes, como en las decisiones.

6.6. Identidad Legal Separada

El acuerdo para la creación de una entidad con personalidad jurídica propia, independiente de sus participantes fundadores, donde el JVCo puede: tener sus propios activos; planta de trabajadores; la capacidad para celebrar contratos en su propio derecho y. Estas características tienen que ser equilibradas con delineamientos como la legislación interna y los parámetros institucionales de cada Estado, la JV es una empresa, que tiene obligaciones públicas y privadas.

6.7. Acceso a la financiación

Una estructura de JVCo es un medio eficaz para garantizar la inversión y la financiación de diferentes sectores, como el sector público, los sectores territoriales y supra territoriales, así como inversionistas extranjeros y globales, este es a lo mejor un punto a considerar un beneficio en la utilización de la empresa JVCo

6.8. Flexibilidad

“Hay una necesidad de flexibilidad, por ejemplo, cuando los objetivos de desarrollo y los medios no pueden efectivamente ser fijados en un principio”⁹⁶. Los ejemplos incluyen las producciones necesarias (tales como la calidad y el volumen de los servicios que se necesitan), o la forma en que los objetivos se pueden entregar (tal vez como resultado de los avances tecnológicos o nuevos objetivos y normas de la política Estatal y económica), es probable que cambiar con el tiempo el desarrollo y objetivos de la empresa.

6.9. Alternativas de salida

La realización del valor creado por el sector público y otros participantes puede ser liberado a través de los acuerdos de salida disponibles en las empresas mixtas, como por ejemplo la terminación de la obra o la inviabilidad de mantener la empresa en funcionamiento, o el no cumplimiento de los objetivos y parámetros de su creación etc. Esto puede explicarse más adelante cuando se hable de las (LLP)⁹⁷

6.10. Conservación De Las Ganancias

Si el sector público desea tener la opción de retener los beneficios en la entidad creada (JVCo - LLP) para financiar investigación y desarrollo o el crecimiento del negocio, lo puede hacer, si así es permitido por el desarrollo jurídico local.

⁹⁶ HM Treasury of UK, “Joint Ventures: A guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector” 2010. Pág 26

⁹⁷ LLP, Limited Liability Partnership.

6.11. El Acceso a Las Habilidades

Cuando el sector público desea mejorar el acceso a los conocimientos y otros recursos del socio privado, este se sentirá motivado a hacer los mejores recursos disponibles, ya que se beneficiará de las ganancias surgidas de la JV.

6.12. Incentivos

Si el sector público quiere dar mayores incentivos al personal podrá ofrecer, a través de las perspectivas de mayores salarios y beneficios como bonos u opciones sobre acciones, si así se lo permite la consolidación de la empresa.

6.13. Marcas

Cuando el sector público desea acceder a la marca y mercado de un producto o servicio que se considera como separada de las actividades del sector público, la conformación de una empresa JVCo es una buena opción para los participantes del sector público.

7. PUESTA EN MARCHA DEL PROCESO DE CREACIÓN DE UNA JVCo

La creación del proceso de creación de la empresa JVCo es una visión general de pasos clave, actuaciones de un organismo del sector público a fin de crear una empresa mixta.

7.1. Consideración

En cualquier caso, tras el examen inicial y la planificación, la entidad del sector público debe elaborar un esquema o "plan de negocio" coherente con las consideraciones de Green Book y las leyes del ordenamiento jurídico interno.

7.2. La Planificación Inicial

El organismo público o entidad pública deberá, llevar a cabo un análisis inicial para determinar si la propuesta de JV tiene un objetivo de negocio o lógica de prestación de servicios que es comercialmente viable y susceptible de ofrecer el mejor VFM al sector público.

7.3. Auto Examinación Del órgano Público.

Una vez que el organismo del sector público está convencido de que los fundamentos del negocio subyacentes justifican la formación de una empresa conjunta, "debe examinar las cuestiones que deben, en particular, los diferentes tipos de organismo del sector público, que tienen diferentes facultades legales, diferentes fondos, regímenes, diferentes mecanismos de gobernanza" , recursos internos y el acceso a todos estos consejos pueden tener implicaciones para lo que es factible y apropiado dada la escala de las actividades.

7.4. Valoración De La Opción

La entidad del sector público debe considerar cuestiones, como el VFM y realizar una adecuada evaluación de acuerdo con las autoridades que actúen sobre el organismo del sector público que lleva a cabo una evaluación de la inversión adecuada y el estudio de viabilidad para considerar otros modelos potenciales, tales como concesiones, servicios contractuales, Contratos de suministro y PFI para determinar si

una Empresa es el mecanismo que ofrecerá mejores VFM, en beneficio a largo plazo para el sector público. “Los detalles de algunos de estos problemas varían en función del tipo de entidad del sector público involucrado”, por ejemplo, si se trata de un departamento gubernamental, una autoridad local, etc. En esta etapa, es probable que el organismo del sector público deba considerar el nombramiento de especialistas asesores financieros, jurídicos y técnicos.

- Nombrar asesores capacitados
- Debida diligencia inicial de los activos al momento de formalizar la Empresa
- Valoraciones iniciales en capacidad, capital, competencia, competitividad y responsabilidad
- Evaluación preliminar de las opciones de los proyectos
- Fases iniciales: legales, financiamiento, técnicos, fiscales, contables (otras)
- Identificar las decisiones necesarias en relación con cuestiones fundamentales, por ejemplo, Ayudas estatales, las normas de competencia, la clasificación, etc.
- Valores de mercado

7.5. Planificación Detallada

“La entidad del sector público debe discutir con el departamento patrocinador, ministerio u órgano competente o a través del equipo de gasto correspondiente, para las propuestas de formación de proyectos y / o las empresas mixtas que puedan quedar fuera de los límites de aprobación delegadas”⁹⁸(Traducción libre del autor).

- Acordar el alcance y los objetivos de negocio
- La realización y materialización de beneficios
- Confirmar facultades legales
- Considerar problemas de reputación y propiedad

⁹⁸ Department of the environment, Heritage and local Government, “Guidance on the adoption of a Joint Venture Company approach for a Public Private Partnership in Ireland”, NDP, 2004, Pag 11

- La posible clasificación de la empresa dentro de un marco jurídico aplicable a los proyectos, la contabilidad y otros asuntos regulatorios
- Identificar las cuestiones de personal y otros recursos
- Acuerdos de gobernanza del proyecto
- Análisis e investigación de mercados

7.6. Análisis Del Negocio, Los Proyectos y Su Respectiva Planificación, a Partir Del Caso Concreto

- “Trabajar propuestas detalladas para JVCo, teniendo en claro:
- Estructura legal
- Transferencias de activos
- Transferencias de personal
- Financiación o sectores de financiación”
- Establecer enfoque de la contratación
- Gestión de gobernanza
- Estrategias de salida y de terminación
- Ensamble material para información, elaboración de portafolio e imagen empresarial
- Decidir los criterios de selección
- Preparar jefes, directores y encargados de la empresas y la ejecución de los proyectos

7.7. Selección Del Socio De Riesgo Compartido (Partner)

Así, la entidad del sector público debe esperar a tener que conseguir competitivamente un socio de riesgo compartido, aunque puede haber algunas excepciones en las que las normas de contratación pública del orden interno o del nivel que se esté tratando en las autoridades competentes, se basa en la introducción de las competencias y cuestiones de contratación establecidas en el ordenamiento

respectivo, incluyendo, si es el caso, los procesos de selección típicos, selección de criterios aplicables a una empresa en participación, como se desarrollara más adelante.

- Emisión de documento de información, convocatoria o razones de necesidad
- Precalificar postores
- Introduzca términos y condiciones
- Acordar forma inicial de plan de negocios
- Acordar formas de documentación y gestión
- Licitación finales
- Identificar socio o socios preferidos, si es el caso
- Compromiso a la debida diligencia en la licitación

7.8. Lanzamiento y Gestión De La Empresa JVCo

Por último, “las cuestiones relacionadas con la puesta en marcha de la empresa conjunta y la gestión, en curso del sector público, tendrán que tener presente la participación en la empresa privada”⁹⁹. En particular, con las disposiciones de gobernanza, las disposiciones del sector público a la JVCo, así como la confidencialidad y conflicto de intereses.

- Aprobación de modelo de negocio final entre los socios
- Disponibilidad de la documentación necesaria, de conformidad con las partes
- Finalizar los planes de negocios
- Lanzamiento de la empresa JVCo, publicidad Estatal y comercial
- Disponibilidad de recursos en la empresa creada. Garantizar la financiación

⁹⁹ Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), “Dedicated Public-Private Partnership Units a Survey of Institutional and Governance Structure”, Francia 2010. Pag 18

8. PROBLEMAS QUE PUEDEN SURGIR EN LA EMPRESA (JVCO) APP INSTITUCIONAL

Debido a la relación societaria de los sectores, es prudente y necesario tener en cuenta los riesgos más significativos que de este ejercicio se pueden desprender, no solo en el funcionamiento del JVCo, sino también, en su impacto en el desarrollo de proyectos públicos, y su eventual alcance en la evolución del derecho Colombiano y en general del modelo.

8.1. Asumir Los Riesgos.

El riesgo que se asume en los proyectos, por parte del Estado e incluso por parte del particular es bastante grande, teniendo en cuenta el funcionamiento probable del sistema, y aun cuando se ejecuten buenos planeamientos, las reacciones de mercado y economía son inesperadas en algunos casos, es decir, si bien se hace una metodología de preparación y desarrollo en cada proyecto, esto no significa que se deje de correr un riesgo significativo que impactara de alguna forma a la sociedad y al patrimonio público, así como al privado, lo que se verá reflejado en los flujos de caja determinados.

8.1.1. “Riesgo de Construcción:

Se presenta cuando el monto de la inversión y el costo de la misma experimentan variaciones. Comúnmente las causas de ese tipo de alea se originan en la necesidad de construir mayores cantidades de obra, en la variación de los precios unitarios, o en la alteración de los plazos de la etapa de construcción. Generalmente ese riesgo es asumido por el contratista privado, aunque en ciertos casos, debido al alto grado de complejidad técnica o a problemas geológicos de ciertas obras, se permite el otorgamiento de garantías parciales para cubrir eventuales sobrecostos.

8.1.2. Riesgo de Operación:

Se presenta ante la ocurrencia de menores niveles de productividad, cuando no se logran respetar los parámetros de desempeño especificados, debido a mayor costo en la explotación y mantenimiento de la obra.

Las causas de este riesgo se originan por variaciones en la disponibilidad o en el coste de los insumos necesarios para operar, o por la interrupción del servicio prestado a causa de una falta del concesionario. En algunas ocasiones este riesgo es compartido; sin embargo, en la mayoría de los casos es asumido por el contratista.

8.1.3. Riesgo Comercial:

Se presenta cuando los ingresos operativos no son los esperados debido a alteraciones de la demanda proyectada, o debido a la imposibilidad de cobrar las tarifas y tasas, que nacen como contraprestación del servicio prestado a través de la explotación de la obra pública concedida.

8.1.4. Riesgo de Cartera:

Este riesgo se origina en la imposibilidad del cobro de tarifas o tasas, es llamado riesgo de cartera, y surge debido a factores de mercado o a causa de la evasión.

8.1.5. Riesgo en la Adquisición de Predios:

Esta alea contractual está vinculada al mayor costo que puede generar la no disponibilidad oportuna de los predios necesarios para realizar la obra. La presentación de imprevistos en la gestión, adquisición o expropiación de los predios es la causa principal del riesgo contractual en comento. Por regla general, esa carga es asumida hoy por la Administración, dado que es la que tiene la potestad legal para

adquirir predios y adelantar expropiaciones, aun cuando en algunos casos se da la responsabilidad al concesionario para la gestión de la adquisición de inmuebles”

8.2. La No Transferencia de Riesgos Al Sector Privado

Así como la entidad Estatal debe procurar ser justa con el Partner, también debe exigirle, dentro del modelo en el que se está desarrollando el proyecto. El transmitirle riesgos que involucren su compromiso dentro de la figura APP Institucional, es el objeto de este mecanismo puesto que así el Estado se libera de las cargas que ello conlleva, y además significa la sostenibilidad del proyecto mismo.

8.3. Omisión de Consideraciones.

“Como el ajuste cultural, gestión de las relaciones, reputación, los posibles conflictos de intereses, que deben indicarse previo anuncio de licitación o en la documentación del contrato”¹⁰⁰ en el método utilizado y, en su caso, los criterios por los que una oferta se va a medir. Estos criterios deben ser incluidos en el orden decreciente de importancia, si se propone adjuntar una diferente ponderación a cada uno de los criterios, así se recomienda con el fin de permitir una mayor transparencia, equidad y objetividad.

8.4. Desviación de intereses

Cuando el Estado o la entidad Estatal, difieren de intereses en común con el socio privado, se genera una total confusión sobre el futuro de la empresa configurada con el JVCo, lo que genera confusión, e incluso rivalidad dentro de la misma empresa, puesto que los intereses de los socios es diferente del inicial, dificultando los

¹⁰⁰ HM Treasury “Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector”, 2010, Pág 63

procedimientos para alcanzar el proyecto presente y los que posiblemente iban a surgir en el futuro.

8.5. Proposición de Soluciones a Problemas Inexistentes

El APP Institucional, debe utilizarse de manera responsable y clara, siempre y cuando se vea la necesidad, probabilidad de éxito elevada, gestión y financiamiento de un proyecto de carácter y beneficio público, en esto la legislación debe ser enfática, y no se deben generar proyectos inconducentes, que no representen beneficios públicos y mucho menos si no son financiables, puesto que el Estado en última medida se vería obligado a realizar obras innecesarias y gastando vanamente recursos públicos.

8.6. Potestades.

Los problemas pueden sobrevenir incluso de la misma conformación de la empresa de riesgo compartido, así por ejemplo la organización y delimitación de las potestades de los socios pueden vulnerar los intereses de una y otra parte, entonces, la entidad Estatal deberá considerar si está dispuesta a ceder ciertas competencias y aún más, si está facultada para cederlas, claro está, con el propósito de dar cumplimiento a los proyectos que se van a desarrollar, en el JVCo es necesario definir si:

- Se tiene la capacidad legal para participar en una sociedad de riesgo compartido.
- Si se está utilizando sus poderes para un propósito impropio o ilegal de su delegación.
- Si se cuenta con las facultades necesarias para cubrir las actividades comerciales de la empresa de riesgo compartido.
- Si se tiene el capital para soportar las obligaciones de la empresa y además de solucionar cualquier imprevisto.

Dependiendo del tipo de organismo del sector público, los poderes se establecerán en una variedad de fuentes, como los estatutos, los instrumentos legales, las leyes de derecho público concernientes a aspectos comerciales y privadas sobre los mismos asuntos, también pueden existir pronunciamientos de entes de control etc.

9. COMPETENCIAS

Es preciso definir las competencias de la autoridades que deben conocer sobre las irregularidades de las Entidades públicas y de los particulares, así como es preciso definir que organismos, garantizaran el control, supervisión y vigilancia de la empresas mixtas, si bien pueden ser definidas en la ley, también se debe dar un desarrollo por las mismas entidades de control y por la jurisprudencia operante, y definirlo dentro de los documentos de constitución de la sociedad, con el fin de establecer procedimientos ante autoridades según los inconvenientes que se puedan presentar.

10. FINANCIACIÓN, BIENES Y RECURSOS DE LA EMPRESA

10.1. Fuentes de financiación

Se espera que la financiación necesaria este a cargo del sector privado. Pero esto no quiere decir que la entidad pública no colabore con la financiación de la empresa, en muchas ocasiones el Estado por medio del gobierno puede conseguir donaciones, apoyo exterior o incluso préstamos a muy bajo interés, de esta forma el papel de las Entidades Estatales es fundamental a la hora de realizar las financiaciones, si bien, no directamente, pero si puede gestionar accionares privados o incluso públicos externos.

“Los organismos del sector público deberán primero asegurarse de que tienen las facultades legales necesarias, la autoridad y la cobertura presupuestal necesaria para participar en una empresa mixta”¹⁰¹ (Traducción libre del autor), o pueden verse expuestos a posibles responsabilidades futuras, por ejemplo, a través de indemnizaciones.

Los fondos del JVCo pueden ser materializados y manejados en diferentes maneras,

- Emisión de acciones (renta variable) o partes sociales;
- Elevar la deuda, y
- Subvenciones.

El JV puede recaudar fondos por cualquier combinación de estos tres medios, o por los medios que permita el orden jurídico nacional, tanto en su nacimiento, como en la posterior obtención de fondos. En la formación, los riesgos son intrínsecamente mayores en esta etapa por lo general provienen de los fundadores de la empresa común, a menos que, la deuda se puede asegurar con los bienes del JVCo, por ejemplo, en el caso de una empresa conjunta propiedad.

La inversión de capital a través de emisión de acciones (renta variable) / intereses provenientes de sociedades, así, se trata de la emisión y / o la venta de acciones con el fin de recaudar fondos. Estas acciones pueden ser de muchas clases (diferentes tipos con diferentes derechos), y pueden incluir voto y sin derecho a voto dentro de las decisiones de la sociedad de riesgo compartido.

Con ello, las principales fuentes de fondos de renta variable son:

- Los socios fundadores

¹⁰¹ HM Treasury “Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector”, 2010 Pág 55

- Los socios capitalistas de riesgo / fondos de capital privado, incluidos a través de ventas comerciales
- Los mercados de capitales.

El uso de una estructura LLP o LP permite una inversión de capital por los participantes fundadores de la formación de la empresa conjunta, y también proporciona un vehículo para el capitalista de riesgo / capital privado, los inversores estarían dispuestos a invertir. En este sentido, se ofrece menos flexibilidad que una empresa tradicional limitada por acciones o garantía.

El socio Fundador puede ser fuente de financiación de capital, es decir, cuando se formó la empresa conjunta, el participante del sector privado por lo general se compromete a proporcionar financiación a cambio de una participación en la empresa conjunta. Entonces, compromisos de financiación pueden ser una forma de hacer parte por medio de acciones pagadas, o compromiso de suscripción de nuevas acciones o del capital social, o un compromiso de proporcionar los accionistas o sociedad de préstamos.

Es importante asegurarse de que este compromiso de financiación es suficiente para las necesidades iniciales de la empresa común, y que el participante del sector privado es digno de crédito, así, la financiación está asegurada con una u otra garantía (por ejemplo, una carta del banco de crédito) para la financiación comprometida.

10.2. Bienes de la Empresa

Para el correcto funcionamiento de la empresa que surge del JVCo, es necesario que los socios aporten recursos, estos pueden variar en su clase y especie, de tal forma que a la hora de ponerlos a disposición de la nueva empresa se pueden hacer esto apoyándose en contratos subsidiarios de transmisión de propiedad o directamente en

la constitución de la sociedad de riesgo compartido. De esta forma se conformaran los activos de la sociedad.

10.3. Activos materiales

Bienes muebles e inmuebles, aportados al JVCo, con cualquier objetivo dentro de la razón de ser de la empresa, desde terrenos, edificios, maquinas industriales y equipos para el desarrollo del software, en el sector público. Cuando estos activos son incidentales a el objetivo principal de la empresa de riesgo compartido que puede simplemente ser arrendado o licenciado a través de una filial de la empresa en participación de contratos.

10.4. Venta de activos materiales

“En los casos en que un activo material corresponde a la JVCo, el organismo del sector público deberá garantizar que, en caso de que la disposición del activo”¹⁰², una parte apropiada de los ingresos devenga en beneficio del erario.

El manejo del dinero público, no podrá ser negociado, Así mismo para venta de bienes, se deberá contar con la aprobación de los socios, o se podrá disponer según los poderes dentro de la sociedad.

La venta de las tierras por debajo de su valor de mercado, puede dar lugar a problemas de ayudas estatales. Esto se aplica tanto a cualquier transferencia inicial a las transacciones JV y posterior, por ejemplo, en la salida o finalización, con esto se busca proteger el patrimonio público y eliminar riesgos sobrevinientes de actos ilícitos o corruptos.

¹⁰² HM Treasury “Joint Ventures: a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector”, 2010 Pág 36

10.5. Derechos de propiedad intelectual

Los derechos que existen para proteger ciertas obras del uso no autorizado por terceros son aplicables a las sociedades de riesgo compartido.

Existen dos métodos para contribuir derechos de propiedad intelectual a un JV:

- Un acuerdo de licencia en condiciones normales de mercado (ya que puede continuar más allá de la del propietario participación accionaria en la empresa de riesgo compartido), o
- La cesión de la titularidad de la propiedad intelectual de la empresa mixta

El organismo del sector público también tendrá que aclarar en la constitución del JVCo o en los contratos subsidiarios la posición en relación a los nuevos derechos de propiedad intelectual creadas en el futuro, ya sea la empresa mixta, el organismo del sector público o cualquiera de los socios de JVCo en relación con la empresa y el proyecto.

10.6. Personal.

Los socios de JVCo tendrán que determinar cómo la empresa va a ser atendida y manejada, y por quién. A menudo es importante para el éxito de la empresa JVCo que los empleados de cualquiera de las dos partes de la sociedad, proporcionen su conocimiento y experiencia a la empresa.

Se debe prestar atención a la designación de los empleados de la Entidad pública como directores ejecutivos de la empresa de riesgo compartido o como miembros designados (por efecto administrativo)

11. LIMITED LIABILITY PARTNERSHIP (LLP) – SICIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

11.1. Historia

Durante la crisis financiera de finales de los ochenta y principios de los noventa fueron declarados insolventes cientos de firmas de ahorros y préstamos (equivalentes a UK Building Societies). Como resultado del colapso muchas contabilidades y firmas legales antes demandas legalmente, instigadas por el gobierno de Estados Unidos. A raíz de grandes reclamaciones exitosas podrían haber dado lugar en todos los socios, incluyendo a aquellos que no eran responsables del fracaso de los ahorros y las empresas de préstamo, siendo responsable de pagar millones de dólares en concepto de indemnización. En 1991 Texas introdujo el concepto de una sociedad de responsabilidad limitada (LLP). Para evitar el pago de los perjuicios en cabeza de los socios que no eran responsables de los daños, El concepto era popular y la mayoría de los Estados Unidos finalmente aprobó legislación LLP¹⁰³.

11.2. Concepto y Funcionamiento

Una sociedad de responsabilidad limitada de es un tipo de estructura empresarial donde dos o más socios incorporan una entidad asociación que protege a los socios Co de pasivos debido a la mala conducta deliberada o negligencia grave de un compañero o un grupo de socios. Para que un LLP existir, siempre debe haber dos o más socios.

Una forma de asociación general que proporciona una protección socio individual frente a la responsabilidad personal para ciertas obligaciones de la sociedad.

¹⁰³ Individual Insolvency Register (IIR) Web site. Pág 1, Article. 2010.

<http://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/technicalmanual/Ch4960/Chapter%2053A/Part%201/Part%201.htm>

La sociedad de responsabilidad limitada (LLP) es esencialmente una asociación general en forma, con una diferencia importante. A diferencia de una sociedad general, en el que socios individuales son responsables de las deudas y obligaciones, de la asociación una LLP ofrece cada uno de sus socios individuales de protección contra la responsabilidad personal para ciertos pasivos de la sociedad.

EEUU: En 1991, Texas promulgó el primer estatuto LLP, en gran medida en respuesta a la responsabilidad que se había impuesta en socios en asociaciones demandados por agencias del gobierno en relación con enormes ahorros y préstamo fracasos en la década de 1980. El estatuto de Texas protegida socios de responsabilidad personal por las reclamaciones relacionadas con de un socio negligencia, error, omisión, incompetencia o malversación. También permanentemente limitó la responsabilidad personal de un socio para los errores, omisiones, incompetencia o negligencia de los empleados de la asociación u otros agentes. Por los mid-1990s, por lo menos 21 Estados y el distrito de Columbia habían adoptado los estatutos LLP.

El límite de responsabilidad de un socio individual depende del ámbito de la legislación del estado LLP. Muchos Estados ofrecen protección contra demandas de responsabilidad extracontractual y no ampliar la protección a una negligencia del socio o incompetencia o a la participación de la pareja en la supervisión de conducta indebida. Otros Estados proporcionan amplia protección, incluida la protección contra demandas contractuales por los acreedores de la sociedad. Por ejemplo, Minnesota promulgó un estatuto LLP expansivo en 1994. Este acto legislativo siempre que un socio en una LLP no era responsable de un acreedor o cualquier obligación de la sociedad. Dispone, sin embargo, que un compañero fue personalmente responsable de colaboración y partícipes de cualquier incumplimiento de las obligaciones y también permitió que un acreedor u otro reclamante para perforar el escudo de responsabilidad limitada de socio de la misma manera que un reclamante puede perforar el velo corporativo de una corporación y demandar personalmente a un miembro individual de la Corporación.

11.3. Objeto de Conformación De Una LLP

En los Estados que reconocen LLPs, una sociedad califica como una LLP al registrarse con las autoridades estatales apropiadas y cumplir con varios requisitos. Algunos estados requieren prueba de que la Asociación ha obtenido el seguro de responsabilidad adecuado o tiene suficientes activos para satisfacer demandas potenciales. Todos los Estados exigen una cuota de inscripción y también requieren que una LLP incluir las palabras sociedad de responsabilidad limitada registrada o la abreviatura LLP en su nombre.

Una asociación que presta servicios profesionales específicos puede formar una LLP y registrarse como una sociedad de responsabilidad limitada profesional (PLLP). Un PLLP generalmente es lo mismo que una LLP excepto que es una asociación exclusiva de profesionales. Cada estado especifica las profesiones califique para un PLLP. Esta forma de negocio está normalmente disponible para abogados, médicos, dentistas, arquitectos, ingenieros y contadores. Estatuto de Nueva York LLP restringe la elegibilidad únicamente a las asociaciones que prestan servicios profesionales.

De esta forma la práctica internacional, especialmente en algunos estados norteamericanos y en Reino Unido, se ha adoptado el siguiente esquema de constitución.

- Nombramiento del Secretario de las sociedades de responsabilidad limitada etc.
- Formación de sociedades de responsabilidad limitada
- Establecimiento de mínimo y máximo de socios y sus características, independientes en cada objeto contractual
- Asociación para la práctica profesional
- Acuerdo de responsabilidad limitada

- Solicitud de registro
- Registro de sociedades de responsabilidad limitada
- Poder para denegar el registro
- Nombre de sociedad de responsabilidad limitada
- Reserva de nombres de socios
- Cambio de nombre de sociedad de responsabilidad limitada
- Registro de datos
- Domicilio
- Registros y documentos
- Publicación de los nombres

11.4. Fundamentos De Una Sociedad De Responsabilidad Limitada

- Separe la personalidad jurídica y capacidad
- Una sociedad de responsabilidad limitada es una persona jurídica y tendrá personalidad jurídica separada de la de sus socios.
- Una sociedad de responsabilidad limitada deberá tener sucesión perpetua.
- Cualquier cambio en los socios de una sociedad de responsabilidad limitada no afectará a la existencia, derechos o pasivos de la sociedad de responsabilidad limitada.
- Una sociedad de responsabilidad limitada deberá tener una capacidad ilimitada y deberá ser capaz de
 - ✓ Demandar y ser demandado;
 - ✓ Adquisición, posesión, tenencia y desarrollo o eliminación de la propiedad; y
 - ✓ Haciendo sufrir dichos actos y cosas como jurídicas pueden legalmente y sufrir.

11.5. La Conformación De Sociedades De Responsabilidad Limitada

Dos o más personas, consistiendo, total o parcialmente, personas físicas o jurídicas, asociados para llevar en cualquier negocio legal con el fin de obtener ganancias puede formar una sociedad de responsabilidad limitada conforme a los términos del acuerdo de sociedad de responsabilidad limitada, extendido este concepto actualmente a las PPP, en donde uno de los socios puede ser una entidad estatal, una persona jurídica de derecho público.

11.6. Acuerdo De Asociación De Sociedad De Responsabilidad Limitada

Salvo disposición en contrario siempre por este acto, los mutuos derechos y deberes de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada y los mutuos derechos y deberes de la sociedad de responsabilidad limitada y sus socios, deberán ser gobernados;

- Por el acuerdo de sociedad de responsabilidad limitada; y
- En ausencia de acuerdo en cuanto a cualquier materia establecido por alguna de las disposiciones relativas a esa cuestión en la legislación interna o sus remisiones expresas

El contrato de sociedad de responsabilidad limitada será en la lengua nacional o en idioma que las leyes indiquen y deberá contener:

- El nombre de la sociedad de responsabilidad limitada;
- La naturaleza del negocio de la sociedad de responsabilidad limitada;
- El monto del aporte de capital por cada socio; especificando su responsabilidad y clases de socio de cada uno y
- Que los socios han acordado convertirse en socios de la sociedad de responsabilidad limitada

11.7. Liquidación De Una Sociedad LLP

Donde se hace una orden de liquidación contra una sociedad limitada el receptor oficial debe establecer el monto y condiciones de la inversión realizada por el limitado partner(s) y grabación en la lista de acreedores. El receptor oficial debe establecer si el socio limitado tenía cualquier implicación en la gestión del negocio ya que esto podría resultar en el ser conjunta y solidariamente responsables de las deudas de la Asociación La liquidación puede tratarse conforme a las instrucciones en el capítulo.

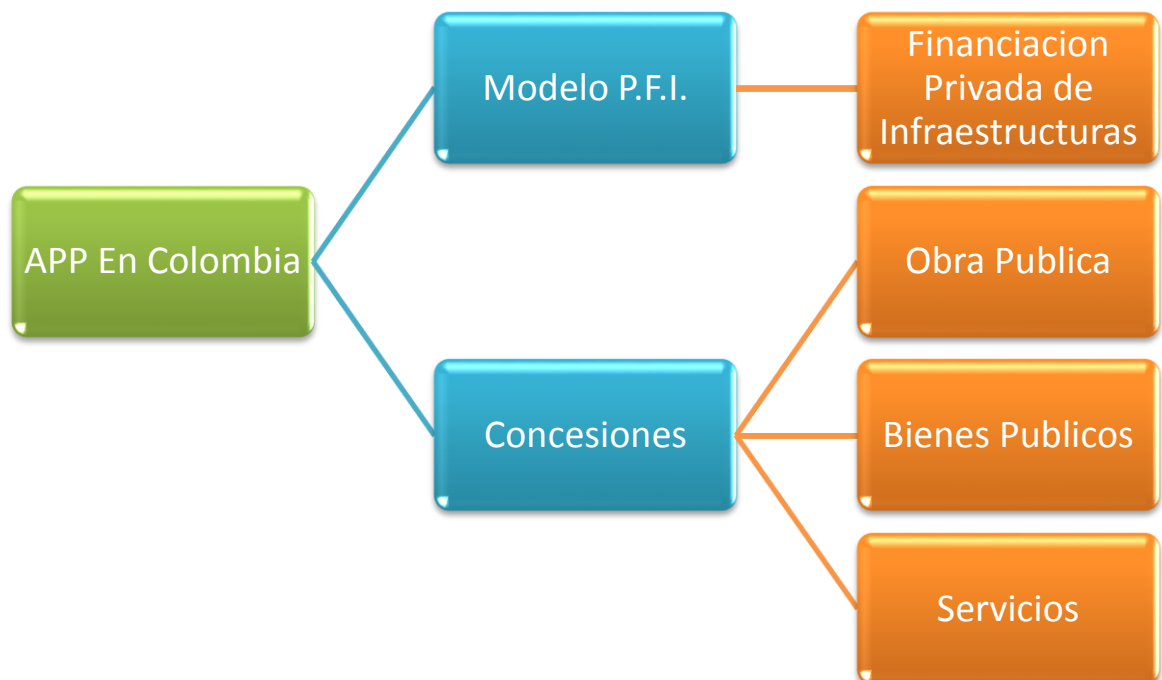
11.8. Pedido De Quiebra Contra Un Socio Limitado

Donde se hace un pedido de quiebra contra un socio limitado que el receptor oficial debe establecer si la quiebra llevó cualquier parte en la gestión de la asociación. Donde la quiebra tomó parte en la gestión se vuelve conjunta y solidariamente responsables por las deudas de la sociedad y los acreedores de la sociedad deben ofrecer la oportunidad de demostrar en el proceso. A diferencia de una sociedad tradicional la quiebra de un socio limitado no produce la disolución de la sociedad.

CAPITULO II: IMPLEMENTACION DEL MODELO EN COLOMBIA

1. EL CONCEPTO EN LA LEY 1508 DE 2012

Con la ley 1508 de Enero de 2012, entro a funcionar el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Las llamadas APP's son entonces formas de alianza estratégica a largo plazo, para compartir la responsabilidad en el diseño, planeación, financiación, construcción y operación de proyectos cuyo objeto garantice o extienda los servicios del sector público. En Colombia el funcionamiento de estas alianzas público privadas se basan principalmente, en un contrato, un acuerdo de voluntades, entre el sector público y privado, tanto en la ejecución de la obra como en la asignación de riesgos, a partir del desarrollo del contrato DBFO analizado anteriormente.



¹⁰⁴ Urueta, Juan Manuel, “Seminario Asociaciones Publico Privadas”, Universidad Del Rosario. Bogotá 2013

Las iniciativas privadas de financiación, contrato PFI, en el mundo han sido un ejemplo para que organismos como el Banco Mundial (BM), la Comunidad Andina de Fomento (CAF), el banco interamericano de desarrollo (BID) entre otros, recomienden la evolución de las administraciones a programas de inversión de capital privado en obras públicas, el camino entonces, asociaciones público privadas, dichas recomendaciones en sí, deben tenerse en cuenta después de un verdadero estudio de viabilidad institucional tanto en los órganos estatales como en el ordenamiento jurídico de función en un determinado Estado, en tal visión el modelo PFi (Iniciativa Privada de Financiamiento) de Reino Unido estaría de forma evolucionada en el modelo Colombiano con la expedición de la ley 1508 al atraer propuestas de inversión Privada en Obras o proyectos de carácter Público con iniciativa privada, sería entonces la forma de APP para Colombia en el escenario de desarrollo por medio de contratos y no por asociación (APP Institucional), y por otro lado tenemos el contrato de concesión que ya viene funcionando en el esquema de contratación pública.

El rezago económico, frente a países más desarrollados, las necesidades de calidad y eficiencia en el servicio, la comparación en legislaciones extranjeras han hecho que los proyectos políticos se muestren interesados en la implementación de Asociaciones Publico Privadas, pero hay que tener en cuenta que la adaptabilidad del modelo no siempre genera buenos resultados, en países como Rusia, Ucrania, Kazajstán, Alemania, Francia entre otros, las APP's no han generado los resultados esperados.

“En Europa se observan varios casos de APPs fallidas, como la construcción de la casa de conciertos “Elbphilharmonie” en Hamburgo, Alemania. Esta obra fue inicialmente prevista para el año 2010, y no ha sido entregada. De acuerdo con el contrato, los recursos públicos invertidos en el proyecto serían 114 millones de euros, pero dadas las renegociaciones del contrato, la ciudad de Hamburgo tendría que

aportar 789 millones de euros. Este incremento surgió a causa de las cláusulas referentes a la asignación de riesgos que resultaron nefastas para el erario público”¹⁰⁵.

También cabe reflexionar sobre otro caso es el de “la construcción de la cárcel de Waldeck en el Estado federado Mecklemburgo-Pomerania, que está en la mira de la Fiscalía alemana pues no ha sido un negocio rentable para el Estado. Los alquileres que debe pagar el Estado por el uso de la cárcel hasta el año 2026 duplican los costos de construcción alterando el equilibrio económico del contrato. Cuando se firmó el contrato de APP en los años 90, el proyecto no sonó alarmas porque en teoría la inversión estatal era cero y los detalles del contrato no eran públicos”¹⁰⁶.

App puede llegar a ser una oportunidad, si no se tienen los controles necesario, para que se creen círculos de corrupción y malos manejos de capital, Volviendo al caso, el año pasado, un socio de la compañía contratada dijo, en una entrevista, que la APP habría sido adjudicada mediante soborno al Secretario de Estado responsable en el Ministerio de Hacienda para el caso.

“En París, se está usando una APP para construir un nuevo Palacio de Justicia. De acuerdo con el contrato, la constructora asume todos los costos de construcción de esta obra ultramoderna, aproximadamente 700 millones euros. Según el contrato la ciudad tendría únicamente que pagar los cánones a la constructora a título de alquiler, por el uso del palacio. El valor de estos sería 2.7 mil millones de euros para el año 2043, que la constructora recibiría a cambio de una inversión de 700 millones de euros”¹⁰⁷.

“En Europa durante los últimos 15 años se han firmado más de 1.000 contratos de este tipo que representan una inversión cercana a los 200.000 millones de Euros en sectores como educación, salud, defensa, justicia y transporte a través de las

¹⁰⁵ Moller Cristop, La Republica, “Las APP - Panacea con efectos secundarios”, Bogotá” D.C, 2015

¹⁰⁶ Moller Cristop, La Republica, “Las APP - Panacea con efectos secundarios”, Bogotá” D.C, 2015

¹⁰⁷ Moller Cristop, La Republica, “Las APP - Panacea con efectos secundarios”, Bogotá” D.C, 2015

diferentes modalidades de APP". Nótese además que el modelo APP cada vez actúa sobre sectores propios del Estado, como el sector defensa, es decir, el sector privado cada día es más protagonista en los fines públicos y desde un ámbito institucional. Dentro de esta experiencia el modelo más avanzado es el desarrollado en el Reino Unido, denominado Private Finance Initiative (PFI). Si se partiera de un Project Finance se evaluaría al riesgo y no al contratista en sus capacidades, y a partir de ese riesgo se puede escoger al privado que mejor pueda brindar garantías frente a esos riesgos

De esta forma en Colombia se ha querido atraer la inversión del capital privado no solo del sector nacional sino especialmente la inversión extranjera, entonces se ha plasmado desde la ley 1508/2012 los siguientes puntos a tener en cuenta, enfocando este escrito en el tema de fondo que es el APP INSTITUCIONAL

2. OBSERVACIONES A LA LEY 1508/2012

Vale la pena destacar algunos puntos a tener en cuenta en el articulado y redacción de esta ley, puesto que de manera taxativa, su comprensión no es clara, y de forma interpretativa su alcance es amplio, lo cual puede obedecer a falta de aspectos a tener en cuenta por parte del legislador, dicho de otra forma sus alcances interpretativos podrían generar controversias que no se tuvieron en cuenta en su expedición.

La ley en sus 39 artículos se compone de Cuatro grandes partes.

- La primera sobre aspectos generales, principios, definiciones y funcionamiento a grandes rasgos,
- La segunda sobre proyectos de asociación público privada de iniciativa pública.
- La tercera sobre los proyectos de asociación público privada de iniciativa privada.

- Y finalmente la cuarta parte señala las disposiciones comunes de los proyectos de asociación público privada.

Hay que resaltar que en los documentos Conpes de años anteriores a la ley 1508 ya venían generando o preparando un ambiente de funcionamiento de las asociaciones público privadas, argumentando la atracción de la inversión privada en el funcionamiento de planeación de infraestructuras en servicios públicos, sobre todo en el sector transporte como por ejemplo el documento Conpes 3714, se plantea el problema de la legislación y las entidades públicas en la distribución del riesgo, así como la carga de obligaciones contractuales, en la contratación pública

Si bien es cierto en las APP se puede transferir la carga de obligaciones, la responsabilidad y el riesgo al sector privado, esto no quiere decir que se someta al contratista a todos los riesgos, o a riesgos desproporcionados, sobre todo el caso de los riesgos imprevisibles que se deben manejar desde el equilibrio contractual real, puesto que el sector privado también necesita ganar, para fortalecer no solo el equilibrio contractual, sino la confianza en los futuros inversionistas en los proyectos de beneficio público.

El documento CONPES 3615 de 2009, enfatiza la importancia de la atracción del capital privado en obras de infraestructura y prestación de servicios públicos, y señala las ventajas en el avance de construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública en Transporte mediante la adjudicación de concesiones viales, lo mismo en materia de telecomunicaciones, estas estrategias posibilitaron el desarrollo de la telefonía celular en Colombia y desarrollo de la Televisión a través de la concesión de canales nacionales, la venta de activos en el sector de energía y la entrada de operadores privados mejorando la prestación de servicios públicos a largo plazo

Finalmente en el documento Conpes 3760, se ha dado un desarrollo desde la parte de planeación en las denominadas 4G, o concesiones de cuarta generación, de las cuales hacen parte las APP que nacen con la ley 1508.

Los documentos Conpes, son recomendaciones desde la política pública en la ejecución de determinadas materias, en este caso, la determinación de dichas recomendaciones se desarrollaron con el tiempo y según las dificultades a superar en la infraestructura pública.

“Así mismo, el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014: Prosperidad para Todos, promueve la ejecución de proyectos de gran impacto sobre el desarrollo e integración regional como el mejoramiento de la capacidad de la infraestructura vial para fortalecer la competitividad del país mediante la conexión de los principales centros de producción y de consumo con los puertos marítimos, aeropuertos y pasos de frontera. Además, resalta la importancia de recuperar la cultura de estructuración de proyectos a través de realización de mejores estudios de pre-inversión, y de realizar una gestión contractual orientada a los resultados, fortaleciendo la institucionalidad y el marco jurídico de la vinculación de capital privado en el desarrollo y financiación de infraestructura física.

En virtud de lo anterior, el Gobierno Nacional promovió la expedición de la Ley 1508 de 2012, los Decretos 1467 de 2012 y 100 de 2013, definiendo las herramientas aplicables al desarrollo de Asociaciones Público Privadas (APP) bajo un nuevo marco normativo estable y claro, rector de los procesos y procedimientos de selección y contratación de inversionistas privados”¹⁰⁸.

Después de este gran paréntesis, es hora de entrar en materia frente a la ley 1508, y sus decretos reglamentarios 1467 de 2012, 100 de 2013, 1553 de 2014,

¹⁰⁸ Consejo Nacional de Política Económica y Social, República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Documento Conpes 3760 de 2013

(Compilados todos en el Decreto 1082 de 2015) como primera medida cabe desarrollar las definiciones de los artículos iniciales.

3. DEFINICIÓN LEGAL Y ALCANCE DE LAS APP'S PARA COLOMBIA

“ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN. 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 y/o servicio”.

Con esto se pueden ver algunas limitaciones, y de entrada en el articulado de la ley 1508, puesto que después de exponer el concepto amplio de asociaciones público privadas, en este artículo, lastimosamente, ya simplemente se habla de un contrato de provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados.

Si bien la intención de la ley es buena, en la definición del concepto de APP se ha quedado muy corta, ya que no se especifica las modalidades de APP del modelo internacional, los mecanismos de financiamiento, ni la existencia de patrocinadores de forma taxativa en los proyectos de infraestructura, mucho menos se menciona la utilización de una Sociedad Vehículo de Propósito Especial, es decir a manera interpretativa y siguiendo con el articulado, seguimos bajo el modelo de concesión, modificada, es la interpretación que en primera impresión nos arroja la norma.

Lo que sí se puede decir de esta definición se refiere a la materialización de una APP en un contrato, entonces el contrato de Sociedad también cabe dentro de esta definición o el Contrato de JVCo, sin embargo al no ser clara y precisa la disposición la posibilidad sigue haciendo parte de una posibilidad oscura y no definida, así mismo la definición señala que las APP son un Instrumento de vinculación de Capital, definición

que también puede usarse al referirse a una SPV (Sociedad de Propósito Especial)_que es un instrumento entre otros grandes aspectos también de vinculación de capital privado

4. LA INCLUSIÓN EN EL MODELO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA ACTUAL

“ARTÍCULO 2o. CONCESIONES. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.

Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”¹⁰⁹.

“LEY 80/1993. ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

4o. Contrato de Concesión.

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de

¹⁰⁹ Secretaria del Senado de la Republica de Colombia Ley 1508/2012, Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012

una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”¹¹⁰

Como se mencionó antes, con relación a ese acuerdo de voluntades el panorama queda ampliamente abierto, para la interpretación de las formas contractuales desprendidas de los modelos APP, lo que es una limitante en su accionar, debido a la no claridad del modelo, siendo las APP, formas de contratos estatales y como es inconcluso el artículo primero, no existe una sociedad real entre el sector público y el sector privado, en donde se termina pensando en que la relación contractual es en últimas una especie de mandato del Estado al contratista, en donde este último debe analizar los riesgos que este contrato le atribuya.

Por otra parte el contrato de concesión es una modalidad que se ha tenido en Colombia desde épocas anteriores con esto no solo podemos llegar a la conclusión de que el modelo de Asociaciones Publico Privadas en Colombia ya existía desde mucho antes de la promulgación de la ley 1508/2012, sino que es aplicable su forma dentro de la contratación pública colombiana

Esto marcado por la apertura económica de los años 90, que comenzaron a manejar desde las políticas públicas, las vinculaciones de los capitales privados, durante el desarrollo de las generaciones de las concesiones en Colombia, entonces, si las concesiones son formas de APP, el capital privado que ha asumido los riesgos de los proyectos en las generaciones anteriores actuando en concesiones, también es una forma de APP que ha venido funcionando desde antes de la puesta en marcha de la ley 1508/2012.

¹¹⁰ Secretaria del Senado Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, Ley 80/1993

Pero como se explicó al principio de este documento, las Asociaciones público privadas, van mucho más allá del mero contrato de concesión, que estaría inmerso en la modalidad contractual del modelo, es un universo que ha limitado la presente ley frente al desarrollo sobre todo en materia Institucional, que es nuestra área de interés.

4.1. Posible Estructuración de APP Institucional en Colombia

Lo primero que debe analizarse es si un proyecto APP es el más indicado para suplir esa necesidad de servicio u obra pública, ya que la misma ley 1508 de 2012 señala que si existe una mejor opción que ofrezca las formas tradicionales de contratación estatal se deberá aplicar esta y no el modelo APP, el cual contempla como ya se había señalado en los capítulos anteriores grandes posibilidades que dependen de las condiciones propias del proyecto, en donde se van a desembolsar aportes públicos y privados. Para ello hay que tener en cuenta algunos aspectos previos (En estos aspectos nos apoyaremos en las recomendaciones de “La Guía de Contratación Estatal de La Alcaldía Mayor de Bogotá”).

De esta forma el Artículo 96 de la ley 448 de 1998 señala:

“Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

- a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;
- b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;
- c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;
- d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;
- e) La duración de la asociación y las causales de disolución¹¹¹.

De esta forma para la puesta en marcha de una APP INSTITUCIONAL que desarrolla una SPV con recursos públicos y privados deberá agotarse los estudios de necesidad del proyecto APP, de igual forma deberá también definirse y sustentarse ante la entidad Estatal que la forma APP INSTITUCIONAL es viable tanto legal como operacionalmente, de igual forma deberá definirse el posible nacimiento de la SPV en la justificación del proyecto y la autorización del mismo, para lo cual se requerirá que el DNP establezca una medida para su funcionamiento bien sea acogiendo esta función o dejándola ligada a la autoridad contratante y al control de tutela que de ello se desprende. Por tal razón se recomienda realizar:

¹¹¹ Secretaria del Senado Ley 448 de 1998

1. Elaboración de estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato.
2. Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.
3. Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación.
4. Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.
5. Una adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.

Puntualmente nos encontramos en la aplicación del modelo APP en Colombia de acuerdo a lo establecido en la ley 1508 de 2012, sus decretos reglamentarios y acudimos a la analogía del Modelo Internacional, en tal sentido se recomienda agotar los siguientes pasos.

- A. Definición de la noción de proyecto y determinación de sus ciclos:** se entiende por proyecto cierto conjunto de trabajos, económicamente de carácter indivisible, que cumplan una función técnica precisa y tengan objetivos claramente definido. A pesar de ser indivisibles económicamente,

los proyectos pueden ser fraccionados en fases técnicas financieramente independientes, cuya autonomía operativa pueda comprobarse. Por ejemplo, una fase puede consistir en la elaboración de estudios preparatorios y de viabilidad, necesarios para realizar la inversión, otra en la ejecución material de las obras, y una última fase puede consistir en el monitoreo de la obra.

B. Inicio de la etapa de pre factibilidad: Análisis preliminar del contexto socio económico e individualización del proyecto: Para los efectos arriba indicados, es necesario:

- i) individualizar la necesidad pública que se pretenden satisfacer a través del proyecto,
- ii) analizar de manera preliminar la demanda y la oferta de infraestructura, y
- iii) determinar las opciones de generación de la infraestructura.

C. Definición de Objetivos Generales Del Proyecto: Una vez elaborado el cuadro cognoscitivo general y determinado el balance de oferta y demanda estimada, en toda estructuración se debe proceder a programar los objetivos generales que se persiguen con el proyecto y definir los niveles de servicio esperados por la infraestructura que se pretende construir, rehabilitar o equipar. En términos generales, los objetivos son la solución al problema o la necesidad planteada. En el ámbito internacional, los objetivos se fijan mediante la programación de los outputs y outcomes de la obra. (Los resultados que se esperan lograr a corto y largo plazo con la ejecución de la obra).

D. Determinación de las opciones, escogencia de la tipología contractual, elaboración de un test preliminar APP, elaboración de un test de mercado: “En esta etapa ya se debe ir planeando una posible forma de APP ya sea contractual o Institucional y se debe ir planteando el proceso de concesión o si es Institucional en Colombia por la Ruta que ya se analizó que es por medio de los contratos innominados¹¹², y sobre los contratos inominados un gran problema es que no hay una guía de acción para dar un correcto uso dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano, sin embargo en materia de APP institucional en materia internacional se prefiere el Joint Venture Corporativo JVCo, esto se define desacuerdo a los estudios realizados en el inicio de la estructuración del proyecto, así se mira si es mejor realizar una APP o cualquier forma tradicional de contratación Pública, si realmente los estudios de viabilidad y Costo Beneficio apuntan a que es mejor realizar una APP, se deberá examinar que tipo de APP realizar, si contractual o institucional y en cualquiera de los 2 casos que tipo de contrato se emplearía”¹¹³.

¹¹² Angela Vargas – Abogados Rios Gomez Silva En el ámbito nacional el tema de los contratos de riesgo compartido o joint venture no ha cobrado la atención del legislador, a pesar de la situación económica que atraviesa nuestro país que desde la década de los 90’s, con la expansión de mercados al interior del mismo por parte de países extranjeros, hace necesario e indispensable la adopción de la normatividad aplicable a la celebración de éste tipo de contratos que, ciertamente, satisface las necesidades del empresario en un momento determinado. Colombia se caracteriza por manejar este tipo de asociación en la contratación estatal ya que el numeral 2 del artículo 40 de Ley 80 de 1993 consagra que las entidades administrativas pueden “...celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran para el cumplimiento de los fines estatales” Pero eso no es suficiente. Se observa adicionalmente que los tratadistas colombianos como Jaime Arrubla Paucar (2005) y Alejandro Bonivento (1999), recopilan las categorías generales conceptuales sin entrar a explicar la realidad contractual en Colombia. En cuanto a la Jurisprudencia ha tratado de definir las características propias de estas asociaciones, indicando que debido a que no implica ningún tipo de contrato, los socios tienen una responsabilidad compartida, igualitaria, ya sea que se presenten consecuencias positivas o negativas en la ejecución del contrato. (Corte Suprema de Justicia, 1936). Pero si en la ejecución de un contrato surge un conflicto entre las partes asociadas y es una autoridad judicial quien va a dirimir dicha controversia, es posible que aplique la normatividad de una figura jurídica semejante que pueda ser utilizada. (Zaldivar, 1986). Pero ¿qué régimen jurídico debe aplicarse a los contratos atípicos? Al respecto nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia publicada en la Gaceta Judicial No. XXVI de Mayo 31 de 1938 dijo: “Las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contratos, se aprecian por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los Principios generales del derecho de las obligaciones y contratos, y a título complementario por el arbitrio judicial. Bien entendido que estos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazadas por el legislador...” Esta ausencia es la que se observa en la realidad Colombiana en la que se hace necesaria una guía, una normatividad legal para la aplicación de éste tipo de contratos en los ámbitos comercial, privado y público.

¹¹³ “Guía de Contratación Estatal” Alcaldía Mayor de Bogotá Pag 43

Para ello se recomienda tener en cuenta y analizar los siguientes aspectos de cada figura que se tenga a consideración dentro de este proyecto en específico.

- El marco legal – Recomendaciones DNP (Der Internacional)
- El riesgo político
- El espacio fiscal
- Factores macroeconómicos
- Capacidad institucional
- Voluntad de pago
- Sostenibilidad de las tarifas
- Tamaño y ubicación del proyecto

E. **Elaborar Un Test De Mercado:** Se realiza un chequeo de aspectos generales y puntuales que se planean a la hora de estarse ejecutando el proyecto, así poder prever cuales son las alternativas más convenientes (Guía de Contratación Estatal” Alcaldía Mayor de Bogotá).

- El impacto presupuestal de la inversión en las finanzas públicas es importante.
- Existe una alta probabilidad que el proyecto puede ser alcanzable en los tiempos políticos de la administración que lo impulsa.
- El proyecto implica la generación de una serie de adecuaciones institucionales en el sector donde se implementa.
- El proyecto crea una solución privada específica a un problema tradicionalmente público.
- El proyecto es altamente complejo en sus especificaciones técnicas, de ingeniería (arquitectura), ambientales y de niveles de servicio.
- Existe experiencia previa y evidencia de mejores prácticas internacionales en el diseño y estructuración de un proyecto de características similares en países similares.

- Existe experiencia previa y evidencia de mejores prácticas internacionales en el diseño y estructuración de un proyecto de características similares en países desarrollados.
- Existe experiencia previa y evidencia de mejores prácticas a nivel nacional en el diseño y estructuración de este tipo proyectos.
- La probabilidad de rechazo por parte de los involucrados (stakeholders) es controlable.
- El número de involucrados (Patrocinadores) es alto.
- El diseño del plan de negocio del proyecto presenta una alta capacidad de transferir riesgos al sector privado.
- El proyecto tiene la capacidad de replicarse y formar parte de una solución amplia a un problema público.
- El impacto social sobre los usuarios y los beneficiarios es alto.
- El proyecto no genera una configuración del tipo monopólico en el sector dónde se implementa.
- Se estima que el número potencial de proveedores para proporcionar el servicio es alto.
- El proyecto es atractivo para el sector privado (entidades financieras, inversionistas, constructoras, operadores).
- Se estima que es probable generar competencia durante el proceso de licitación del proyecto.
- El proyecto no es intensivo en equipamiento de tecnología específica.
- El patrocinador del proyecto cuenta con un grado de avance importante en la preparación del expediente técnico, que incluye: estudios y proyecto ejecutivo, derechos de vía, permisos ambientales y otros.
- Se ha detectado que la etapa de estructuración puede ser encabezada por un Líder de Proyecto respaldado por un equipo que genere confianza a todos los agentes involucrados.
- Existe un marco institucional sólido que permite una coordinación eficiente entre la entidad contratante o promotora del proyecto con otras dependencias involucradas.

- El proyecto genera una alta cohesión institucional para su desarrollo.
- Hay evidencia inicial que los sobrecostos y sobre plazos en la obra pública tradicional son altos.
- El proyecto no requiere ser ejecutado de manera urgente ya sea por razones de índole político o por demandas de la población.
- Existen estudios de mercado confiables para estimar la demanda por el servicio.
- El organismo ejecutor cuenta con recursos financieros suficientes para llevar adelante las etapas posteriores en lo relacionado a estudios de pre factibilidad y factibilidad.
- El clima de inversión y las condiciones de la macroeconomía son favorables.

F. Indagación de mercado: Para tales efectos, en el ámbito internacional se hace un sondeo de mercado a través de la solicitud de expresiones de interés a los actores relevantes del mercado. La solicitud no es otra cosa que una pregunta respecto de si estarían interesados en participar en la iniciativa público privada.

G. Identificación Del Proyecto: Se deberán tener en cuenta los siguientes elementos para dar forma al proyecto a realizar según los estudios y consideraciones expuestas en los literales anteriores.

- ✓ Nombre y descripción completa del proyecto
- ✓ Conformar un JVCo para crear una SPV
- ✓ Diagnóstico actualizado que describa la situación actual del bien o servicio público.
- ✓ Descripción general del proyecto.
- ✓ Alcance del proyecto:
- ✓ Descripción de la necesidad a satisfacer.
- ✓ Población beneficiada.

- ✓ Actividades o servicios que asumiría el inversionista.
- ✓ Estudios de demanda en etapa de pre factibilidad.
- ✓ Cronograma general y plan de inversiones de las etapas de construcción y operación y mantenimiento del proyecto, según corresponda.
- ✓ Diseño mínimo en etapa de pre factibilidad: Descripción y estado de avance de los estudios disponibles de ingeniería, los cuales deberán estar mínimo en etapa de pre factibilidad. Los estudios deberán ser anexados.
- ✓ Cronograma de desarrollo de estudios y diseños.
- ✓ Especificaciones del proyecto: Diseño conceptual de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados.
- ✓ Identificación de factores que afectan la normal ejecución del proyecto entre otros, factores sociales, ambientales, prediales o ecológicos y propuesta inicial de mitigación de la potencial afectación para darle viabilidad al proyecto.
- ✓ Costo estimado: Estimación inicial de costos de inversión, operación y mantenimiento y sus proyecciones.
- ✓ Fuente de financiación: Estimación inicial de los ingresos operacionales del proyecto y sus proyecciones.
- ✓ Estimación preliminar de la necesidad de contar con desembolsos de recursos públicos.
- ✓ Identificación y estimación de las potenciales fuentes de financiación.

En el derecho colombiano debemos tener en cuenta por ejemplo para proyectos de Infraestructura se debe contar con Estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto específico, de modo tal que se pueda establecer su impacto social, económico y ambiental.

H. Sobre Los Riesgos

Según el documento CONPES 3714/2011 la tipificación de riesgos es el proceso mediante el cual se pueden caracterizar las aleas que puedan preverse en las

diferentes etapas del contrato, agrupándolas dentro de diferentes categorías que presenten características similares.

En el documento CONPES 3714/2011 se presenta de manera enunciativa una propuesta de clasificación cuyo alcance se reproduce a continuación:

“Riesgos Económicos: Son aquellos que se derivan del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros: Riesgo cambiario, Desabastecimiento o especulación dentro del mercado propio de los insumos.

Riesgos Sociales o Políticos: Son aquellos que se derivan por cambios de las políticas gubernamentales que sean probables y previsibles, tales como cambios en la situación política, sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato. Además se incluyen dentro de esta categoría los paros, huelgas y actos terroristas.

Riesgos Financieros: Este riesgo tiene dos componentes básicos: el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez, y el riesgo de las condiciones financieras

Riesgos Regulatorios: Son los posibles cambios regulatorios o reglamentarios que siendo previsibles, afecten el equilibrio contractual.

Por ejemplo, cambios en las tarifas, mercados regulados, cambios en los regímenes especiales (regalías, pensional), designación de zonas francas, planes de ordenamiento territorial, expedición de normas de carácter técnico o de calidad, entre otros.

Riesgos de la Naturaleza: Son los eventos causados por la naturaleza sin la intervención o voluntad del hombre, que aunque pueden ser previsibles por su

frecuencia o diagnóstico están fuera del control de las partes. Para la determinación de su existencia y/o previsibilidad, se podrá acudir a las autoridades públicas o entidades competentes en la recopilación de datos estadísticos o fuentes oficiales (INSTITUTO AGUSTIN CODAZZI, INGEOMINAS, IDEAM, etc.)

Ejemplo: Temblores, inundaciones, lluvias, sequias, entre otros, siempre y cuando los mismos puedan preverse.

Riesgos Ambientales: Se refiere a las obligaciones que emanan de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas y de la evolución de las tasas retributivas y de uso del agua.

Riesgos Tecnológicos: Se refiere a eventuales fallos en las telecomunicaciones, suspensión de servicios públicos, advenimiento de nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato así como la obsolescencia tecnológica.

Riesgos Operacionales: Son aquellos riesgos asociados a la operatividad del contrato.

Este riesgo se manifiesta cuando el monto de la inversión supera las previsiones para cumplir el objeto del contrato, o cuando se extiende el plazo por circunstancias no imputables a las partes. Por ejemplo, el riesgo se da por la ocurrencia de mayores cantidades de obra a causa de fallas geológicas, el incremento de precios unitarios por la fluctuación del precio de materias primas, la extensión del plazo de la obra debido a condiciones sociales o de orden público.

El riesgo operacional también se da por la no obtención del objeto del contrato como consecuencia de la existencia de inadecuados procesos y procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos sin que los mismos sean imputables a las partes.

Dichos riesgos hacen parte del riesgo operacional siempre y cuando no sean obligaciones de las partes y se materialicen durante la ejecución del contrato”.

- I. **Ofertas de Iniciativa Pública:** El procedimiento de selección para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública es el de licitación, señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo las disposiciones especiales previstas en la Ley 1508 de 2012 y en el Decreto 1467 de 2012.

De acuerdo a las reglas especiales previstas en la Ley de APP (artículo 11 Ley 1508 de 2012), para dar inicio al proceso de selección de licitación pública, la entidad estatal competente debe contar con los siguientes estudios, análisis y aprobaciones:

- ✓ Estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.
- ✓ Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.
- ✓ Valoraciones de obligaciones contingentes.
- ✓ Justificación de uso del mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto.

- ✓ Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.

J. Concepto Favorable del DNP o de la Oficina de Planeación de la Entidad Estatal o Territorial: De acuerdo con los artículos 11 y 17 de la Ley 1508 de 2012, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto Reglamentario 1467 del mismo año, en los eventos en que se requiera abrir a licitación pública, –la entidad estatal competente presentará para concepto previo favorable al Departamento Nacional de Planeación o de 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 (Institucional) (Desarrollo de un SPV) como modalidad de ejecución para el desarrollo del proyecto APP.

K. Licitación Pública: “El artículo 4º de la Ley 1508 de 2012 señala que a los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal. De ahí que sea procedente dar aplicación a las reglas contractuales derivadas del principio de transparencia, economía y responsabilidad, para efectos del desarrollo del proceso de selección de contratistas”¹¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, en una APP, frente a vacíos en materia de licitación pública, selección abreviada, condiciones de perfeccionamiento y ejecución del contrato, cláusulas excepcionales, régimen de garantías y régimen sancionatorio (multas, cláusula penal pecuniaria), se puede acudir a las reglas del estatuto de contratación estatal.

¹¹⁴ Guía de Contratación Estatal” Alcaldía Mayor de Bogotá Pag 52

En relación con los aspectos arriba señalados, se deberá dar aplicación a las normas pertinentes contenidas en la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), Decreto Ley 19 de 2012 (Decreto Anti trámites) y Decreto 734 de 2012, entre otras disposiciones

En los procesos de selección que se adelanten para desarrollar una APP no se exigirá Registro Único de Proponentes.

La selección objetiva en desarrollo de la gestión precontractual se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

- L. **Ofertas De Iniciativa Privada:** En el marco de las ofertas de iniciativa privada la selección del contratista varía dependiendo de si el proyecto requiere o no de desembolsos públicos.

Cuando se requieren desembolsos públicos el contratista APP se selecciona a través de una licitación pública. En cambio, cuando la iniciativa no requiere de desembolsos se surte un trámite de publicación y una eventual selección abreviada, en el evento que haya manifestaciones de interés por terceros.

4.2. Sobre las Sociedades de Economía Mixta

Sobre este particular cabe resaltar que se presenta un singular caso hipotético entre la semejanza de las 2 figuras SEM (Sociedades de Economía Mixta) y APP-I (Asociaciones Publico privadas - Institucionales) para el caso colombiano, y surgen entonces 2 interpretaciones, la primera conducente a integrar las SEM como una forma de APP y la segunda referente a separar estas 2 figuras y trazar un margen de

diferencia que termina en la afirmación que se tratan de 2 conceptos diferentes y por tanto su funcionamiento también lo será.

Veamos:

En términos extremadamente básicos, es claro que el APP Institucional no está definido taxativamente en la ley 1508 de 2012 ni es sus decretos reglamentarios, mucho menos la ley en comento define la integración de las SEM como una forma de APP Institucional, en el mismo sentido las normas aplicables a las SEM no mencionan en ningún momento que estas deben entenderse como formas de APP de carácter Institucional.

Ahora bien, es pertinente analizar ahora el objeto e intención del legislador con cada una de estas figuras. Por una parte las APP en Colombia establecen una definición bastante ingeniosa correspondiente a expresar:

“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 y/o servicio”¹¹⁵.

En otro sentido la ley 489 de 1998 en su artículo 96 reza:

“Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución,

¹¹⁵ Congreso de La Republica de Colombia “Ley 1508 de 2012” Art 1

asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que de origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

a. Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;

b. Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;

c. La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;

d. La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;

e. La duración de la asociación y las causales de disolución”¹¹⁶.

Sin duda alguna el anterior artículo de la ley 489 de 1998 es el protagonista para el actual debate que despejaremos, partiendo de su análisis conceptual en un principio ya que la ley 1508 se refiere a las APP como un instrumento de vinculación de capital privado y no menciona las APP-I (Asociaciones Publico Privadas Institucionales), y en otro sentido la ley 489 se refiere a la constitución de asociaciones por parte del Estado y los particulares. Siendo así, y siendo limitados con el alcance total de las APP-I, podemos afirmar en un primer momento que en Colombia ya existían Asociaciones Publico Privadas Institucionales desde antes de la expedición de la ley 1508 de 2012, obedeciendo al artículo 96 de la ley 489.

Sin embargo, atendiendo a los propósitos de cada una de las disposiciones legales y teniendo en cuenta el artículo 97 de la ley 489 de 1998 que se refiere a:

“Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”¹¹⁷.

En este aspecto la misma ley 489 de 1998 señala en su artículo 38 correspondiente al capítulo 10 de la misma, lo siguiente:

¹¹⁶ Congreso de La Republica de Colombia “Ley 489 de 1998” Art 96

¹¹⁷ Congreso de La Republica de Colombia “Ley 489 de 1998” Art 97

“CAPÍTULO X

Estructura y organización de la Administración Pública

Artículo 38º.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

a. La Presidencia de la República;

b. La Vicepresidencia de la República;

c. Los Consejos Superiores de la administración;

d. Los ministerios y departamentos administrativos;

e. Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

a. Los establecimientos públicos;

b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e. Los institutos científicos y tecnológicos;

f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Parágrafo 1º.- Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado”¹¹⁸.
(Subrayas añadidas por el autor)

Entonces las SEM son entidades que hacen parte de la Rama Ejecutiva de la Administración Pública, diferente esto a lo que serían las APP Institucionales, cuyo origen no sería en el escenario público como órganos pertenecientes a la Rama Ejecutiva sino en el escenario de las sociedades comerciales de derecho privado, lo cual es muy diferente en el propósito y objeto de la intención de la figura de las SEM que si bien están sujetas en su funcionamiento al derecho privado, su origen y su naturaleza son netamente de la Administración Pública, cuyo origen en Colombia se da desde antes de la constitución de 1991 y que responde a cambios económicos, sociales y políticos de la época, en donde el Estado vio necesario implementar la descentralización administrativa e incluyó a las SEM en este modelo, como lo explica la Sentencia C-736 de 2007 Corte Constitucional en donde relaciona lo siguiente.

“Así pues, los conceptos de "descentralización por servicios", y concretamente la forma jurídica denominada "sociedad de economía mixta", habían sido incorporados al derecho público colombiano con anterioridad a la expedición de la

¹¹⁸ Congreso de la República de Colombia “Ley 489” de 1998, Art 38

Carta de 1991. En relación con esta última categoría, un grupo de disposiciones superiores determinan hoy en día las características constitucionales de tales sociedades, asunto que ha sido estudiado pormenorizadamente por esta Corporación, que al respecto ha señalado, entre otras cosas, que: (i) las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones del Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales relativas a la determinación de la estructura de la administración (nacional, departamental o municipal)”¹¹⁹

Entendiendo esto, las APP en Colombia que nacen en principio de las formas de contratación que señala la ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios estableciendo como punto de partida el contrato de concesión en donde contextualizamos las APP Contractuales, sin embargo la ley 1508 no señala las SEM como una forma de APP Institucional, si bien las SEM y las APP Institucionales se asemejan y podrían interpretarse como una figura idéntica para muchos, estas difieren en su objetivo y creación legal, constitucional y operacional.

Sobre la naturaleza de las SEM, la Corte Constitucional concluye lo siguiente.

“El régimen jurídico de las sociedades de economía mixta es el señalado por el legislador. La Constitución Política en el primer inciso del artículo 210 autoriza expresamente al legislador para crear o autorizar la creación de las entidades descentralizadas, entre ellas las sociedades de economía mixta del orden nacional, "con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa." Así mismo, el último inciso de la misma disposición señala que al legislador compete establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas (de cualquier orden). Así pues, debe concluirse que el Congreso de la República está revestido de libertad de configuración legislativa para señalar el régimen jurídico aplicable a este tipo de entidad descentralizada.

¹¹⁹ Sentencia C-736 de 2007 Corte Constitucional

A partir de estas normas legales puede establecerse que hoy en día los elementos configurativos de las sociedades de economía mixta son (i) creación o autorización legal; (ii) carácter de sociedades comerciales; (iii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales, con ánimo de lucro; (iv) sujeción a las reglas de Derecho Privado, "salvo las excepciones que consagra la ley"; (v) capital integrado por aportes del Estado y de particulares, en cualquier proporción; (vi) vinculación a la Rama ejecutiva como integrante del sector descentralizado y consecuente sujeción a controles administrativos"¹²⁰.

Para ser más claros en esta afirmación, la Corte en Sentencia C-953 de 1999 sostiene que sin importar los aportes Públicos y Privados de las SEM estas pertenecen a la Rama Ejecutiva de la Administración Pública, generada por la creación de entidades descentralizadas y aporta:

“Encuentra la Corte que, efectivamente, como lo asevera el actor y lo afirma el señor Procurador General de la Nación, la Carta Política vigente, en el artículo 150, numeral 7º, atribuye al legislador la facultad de "crear o autorizar la constitución" de "sociedades de economía mixta", al igual que en los artículos 300 numeral 7º y 313 numeral 6º dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades

¹²⁰ Sentencia C-736 de 2007 Corte Constitucional

territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización "con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa", norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de "hacer las leyes" dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de "economía mixta", pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución"¹²¹

Entendiendo lo anterior, vemos como la creación de las SEM no involucran una completa figura del APP Institucional originario en Reino Unido donde El PFI se utilizó para aliviar los activos del Estado y dio origen al concepto de "valor por dinero", que buscaba la escogencia de proyectos y su aprobación para lograr el valor por dinero esperado por los mismos, atrayendo inversión del sector privado. Mucho menos en las SEM se establece creaciones de Vehículos de Propósito Especial como mecanismos de

¹²¹ Sentencia C-953 de 1999 Corte Constitucional

financiamiento de proyectos específicos que permitan aislamiento de riesgos, como si ocurre en las APP de carácter Institucional en el modelo original.

Si bien las APP en Colombia están sujetas a la aplicación de los principios de la Función Administrativa (Art 4 Ley 1508 de 2012), esto no las convierte en entidades que hacen parte de la Rama Ejecutiva de la administración Pública, cosa que si ocurre en las SEM como reacción y deber a la descentralización administrativa que consiste en la transferencia, o entrega, de competencias y/o funciones administrativas y recursos, a personas públicas que son creadas por el poder central del Estado, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. Por otro lado el objetivo de las APP es crear rutas de inversión para proyectos específicos debido a la falta de solvencia de mismo Estado, por eso se establecen formas de contratación especiales como las analizadas anteriormente (DBFO, BOOT DBOM etc.), formas de contratación que en principio no serían aplicables para las SEM, donde las APP básicamente generan la expectativa y aplicación de un proyecto, son formas de negocio que involucran la participación del Estado con la ejecución de proyectos y obras públicas.

“ARTÍCULO 3o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. La presente ley 1508 de 2012 es aplicable a todos aquellos contratos 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.

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 en la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv.

PARÁGRAFO 2o. Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores.

PARÁGRAFO 3o. El Gobierno Nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada a que se refiere la presente ley, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores”¹²² .

Con lo anterior se confirma lo señalado en la exposición del artículo anterior, en pocas palabras la administración le encarga o le ordena al contratista las actividades a realizar a cambio de un pago, o de un repago que hace el mismo, previa autorización de la administración, esto lastimosamente está alejado de la concepción internacional de APP INSTITUCIONAL, y más bien, estaría solamente ubicada en el concepto meramente del APP CONTRACTUAL.

¹²² Secretaria del Senado de la Republica de Colombia Ley 1508/2012, Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012

Frente a estos tres artículos cabe señalar que en materia jurídica, se ha establecido una nueva clasificación del contrato de concesión en Colombia, en donde finalmente en estas concesiones se busca que el particular comparta más los riesgos con la entidad estatal, según los regímenes especiales de algunas de ellas, puesto que este es otro gran problema, la cantidad de normas especiales que rigen las concesiones en el interior de cada entidad, remitiéndose en últimas a la ley 80/93 desde un marco de principios.

Las entidades estatales encarguen a un inversionista privado ya sea el diseño, construcción, la prestación de servicios de construcción, reparación, mejoramiento, o equipamiento, así como la ejecución de actividades que podrán involucrar la operación y mantenimiento de infraestructura, incluyendo la prestación de servicios públicos.

Divide la norma los Proyectos de Asociaciones Público Privadas en dos (2) clases, aquellos que son de iniciativa pública, es decir, aquellos donde el originador es el Estado y aquellos que son de iniciativa privada en donde el particular presenta la iniciativa a la entidad estatal para su análisis y viabilidad.

La retribución de dicha inversión, se adelanta mediante la explotación económica de la infraestructura o de servicio y busca que excepcionalmente se requiera la incorporación de recursos públicos los que en ningún caso deberían superar el veinte por ciento (20%).

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarse si la ley 1508 se ocupó de regular todos los mecanismos de “asociación” o si por fuera de ella existen otros mecanismos asociativos que permitan la ejecución de proyectos bajo un esquema de participación público privada.

La doctrina ha explicado que los mecanismos de asociación público privada tienen dos modalidades: contractual e institucional, siendo el contrato de concesión el

claro ejemplo de la primera especie y las sociedades de economía mixta el ejemplo típico de la segunda en principio conceptual más no Jurídico y operacional.

En el modelo APP, no solo se comparten los riesgos, sino también las utilidades, la ley 1508 ha señalado unas formas de repago pero partiendo de los conceptos de Disposición y niveles de servicio, lo cual centra un poco más la atención en la inversión en la obra, y el cumplimiento de riesgos de todo tipo.

Frente a esto cabe también puntualizar que dichos niveles de servicio se traducen en la disponibilidad, efectividad y optimización del servicio, lo cual depende, desde el sector privado en inversión o en búsqueda de financiación, prácticamente en préstamos bancarios, y en la iniciativa pública, teniendo en cuenta el presupuesto asignado para infraestructuras, de ello se desprende la iniciativa privada con recursos públicos, que es más una forma de captar el proyecto y estudios realizados por el particular lo que también representa gastos elevados.

Y surge entonces el planteamiento de la transferencia de riesgos y las cargas públicas dentro del equilibrio contractual de la ley 80, principio del estatuto general de contratación estatal, que aplica en virtud del artículo 4 de la ley 1508.

“ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS GENERALES. A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal

Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.

Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de

administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”.

Los principios relacionados en la ley 80/1993 son aplicables a las APP's siendo así existe claramente, la necesidad de evitar la fragmentación dl equilibrio contractual, a pesar de mediar un acuerdo de voluntades no tan claro por parte del legislador ya que se habla de un encargo y no de un acuerdo de intereses, mucho menos de la creación de una sociedad de riesgo compartido.

Con esto la selección del contratista (no socio) se hace previa evaluación de los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato.

Y las capacidades jurídica, técnica, financiera etc., que van más encaminadas a garantizar la transmisión de riesgos y cargas públicas y no las características que funcionan en la escogencia de un Partner en el modelo PPP original que se encuentra en la experiencia, en países como Irlanda, Gran Bretaña o Suecia.

En Colombia el alcance de este encargo es el de desarrollar una infraestructura (operación, operación, diseño etc) con el desarrollo de los elementos esenciales de cada contrato,

Por ello se ha planteado la base de que en Colombia el desarrollo más atinado de las APP's, surgen a partir del concepto del contrato (DBFO), diseñar, construir, financiar y operar, originario de la iniciativa de financiamiento privada de infraestructuras PFI, y las concesiones de obra pública, bienes públicos y servicios públicos.

En donde, como se mencionó anteriormente la retribución está sujeta a la disponibilidad del bien o la obra, lo cual generara el derecho al recaudo de recursos de la explotación económica del proyecto, así como el derecho a recibir desembolsos públicos o cualquier otra clase de retribución.

Para evitar que el contratista no cumpla con su parte, como ha ocurrido en la historia de las concesiones de obras en Colombia, sobre todo con contratistas extranjeros, se han eliminado los pagos de anticipos, siendo el pago únicamente cuando la obra esté terminada y lista, con la utilización de unidades funcionales.

Si bien en materia contractual en el modelo colombiano caben las modalidades contractuales BOT, DBFO y algunas otras, esto no es del todo desarrollado en la ley, de alguna forma la norma debería ser más clara y especificar en qué etapa del contrato se pueden adelantar las modalidades APP, Diseño, construcción, operación etc, primando el concepto del valor por dinero, también es necesario establecer diálogos competitivos desde el inicio del proyecto, para así poder establecer una buena matriz de riesgos, protegiendo los derechos de ambas partes, el legislador debió aclarar y dar herramientas óptimas para la correcta practica en cuanto a los riesgos dentro de una APP.

Finalmente cabe señalar que en la existencia de un contrato (BOO) Construir, poseer y operar, en el marco jurídico Colombiano, dicha infraestructura debe transmitirse al Estado en virtud de la participación Estatal y la garantía ininterrumpida del servicio público, ya sea de forma directa o dependiente de una infraestructura.

Cabe resaltar también que en la ley examinada no se especificó cuáles eran los instrumentos de vinculación del capital privado que funcionarían en este modelo, y no se puntualizó los contratos desarrolladores del vínculo público privado, limitando su entendimiento y ampliando confusamente su accionar

Por otra parte, y volviendo al tema INSTITUCIONAL, a raíz de la entrada en vigencia del concepto de APP en el ordenamiento jurídico Colombiano, también del SOFT LAW, y teniendo en cuenta la marcada influencia del derecho privado en la constitución y desarrollo de APP's en Colombia, vale la pena preguntarnos si en Colombia finalmente cabe una APP INSTITUCIONAL con las herramientas jurídicas que existen actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.

5. EL SOFT LAW, EL DERECHO CIVIL Y LA INTERPRETACION HERMENEUTICA COMO AVANCE EN LAS APP's INSTITUCIONALES EN COLOMBIA.

En principio, la ley 1508 de 2012 se ocupó exclusivamente de las APP contractuales y no de las institucionales pues de acuerdo con el artículo 3, la finalidad del contrato es el encargo a un inversionista privado del diseño y construcción de la infraestructura, lo que excluye las modalidades societarias pues en estos no hay un encargo a un tercero sino la ejecución conjunta a través de una nueva sociedad.

En nuestro país los mecanismos de participación o asociación público privada de carácter institucional se pueden llegar a interpretar en la ley,

Una posibilidad es, tratándose de su indeterminación en la ley, involucrando el concepto al ordenamiento jurídico nacional, y omitiendo la prohibición institucional que el mismo concepto atañe, es que, Se encuentran autorizadas en la ley 489 de 1998, al permitir la constitución de “asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares”, a través de la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas que bajo este esquema deben ser sin ánimo de lucro (**artículo 96**); **igualmente autoriza la constitución de sociedades de economía mixta “bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que**

desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado”.

Con respecto a las Sociedades de Economía Mixta y dicho lo anterior con objeto de aclarar aún más el panorama es preciso leer detenidamente la ley 1508 y sumergirnos en un análisis donde la misma ley expresa:

“ARTÍCULO 3o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos 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

PARÁGRAFO 2o. Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores”¹²³

Entendido esto se expresa que para las demás entidades que vinculen capital privado seguirán rigiéndose por la ley que se les venía aplicando, de tal manera que las separa de la interpretación del modelo APP, pero esto no quiere decir que las excluye de formar parte de los proyectos APP, dicho de otra forma no involucra el legislador otras formas de vinculación de capital privado como APP, pero si se permite su intervención definiendo su naturaleza inicial como vemos a continuación.

“ARTÍCULO 8o. PARTICIPACIÓN DE ENTIDADES DE NATURALEZA PÚBLICA O MIXTA. Para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, que

¹²³ Congreso de La Republica de Colombia “Ley 1508 de 2012” Art 3, Par 2

tengan por objeto el desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la presente ley, sin desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley.

PARÁGRAFO. Se entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes¹²⁴.

Para este particular es claro que en primera instancia el legislador está considerando casos hipotéticos que involucran SEM, y por tal motivo, si teniendo esta figura presente, no la incluyo como una forma de APP se puede concluir que para el legislador las SEM son diferentes a las APP, en segunda instancia el legislador excluye a las SEM en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas desempeñen el rol de Contratantes, esto en primera medida se refiere a que el legislador no prohíbe a estas entidades con estas características la facultad de contratar, sino de no permitir que se realice esta operación bajo el régimen de la ley 1508 de 2012, para ello pueden realizar sus contratos bajo el precepto de sus propios regímenes de derecho privado.

¹²⁴ Congreso de La Republica de Colombia “Ley 1508 de 2012” Art 8, Par

Así lo explica la Sala Plena de La Corte Constitucional en Sentencia C 050-2015:

“Por consiguiente, la Sala evidencia que la norma se refiere a una limitación prevista por la disposición objetada respecto de la posibilidad de que las entidades excluidas sean contratantes en calidad de entidades estatales, sujetas al régimen de contratación pública, **más no a la posibilidad de que sean contratistas**, en calidad de entidades privadas, sometidas al derecho privado, entendimiento que se deriva del tenor literal de la norma y de su interpretación sistemática con el resto del contenido normativo del artículo 8 objetado, con la Ley 1508 de 2012 y demás leyes concordantes. Por tanto, de conformidad con el enunciado normativo acusado, **las entidades excluidas por el parágrafo 8 demandado, pueden, en calidad de contratistas y sometidas al régimen de derecho privado, bajo su propia cuenta y riesgo, presentar proyectos de infraestructura pública o de prestación de servicios públicos, para que las entidades estatales competentes los estudien en el plazo especificado por la propia Ley 1508 de 2012**¹²⁵ (Subrayas y negritas añadidas por el autor)

En este entendido se puede concluir que si bien las SEM no son una forma de APP en una segunda interpretación, esto no las excluye de hacer parte de una en el caso Colombiano, bajo la ley 1508 de 2012, sin embargo según posturas individuales y dada la amplitud del concepto de APP Institucional y el Soft Law, las SEM se pueden considerar como una APP si bien en su concepto y origen constitucional como una forma de intervención del Estado de manera administrativa en forma descentralizada en la Economía que enfrentaba el país en esa época, como se ha expresado a lo largo de este estudio, APP puede traducirse como un Universo de formas societarias en donde el particular y el Estado pueden llevar a cabo una cooperación en un proyecto que refleje los intereses del Estado.

¹²⁵ Corte Constitucional en Sentencia C 050-2015

Aparentemente la ley 1508/2012 y sus decretos reglamentarios han dejado de lado la constitución de asociaciones público privadas de carácter institucional, pero si le damos un alcance hermenéutico a su interpretación podremos encontrar un camino bastante interesante.

Si bien la ley 1508/2012 y sus decretos reglamentarios no regularon tal constitución, de asociaciones público privadas en materia institucional, lo que genera grandes vacíos que deben llenarse urgentemente, si por vía interpretativa, partiendo del fundamento privado que tiene el concepto, podemos remitirnos a los siguientes puntos.

El artículo tal de la ley 1508 señala que las otras figuras

Al tratarse de una ley, en contenido indeterminado, dejando un amplio margen de interpretación, es prudente realizar un silogismo interpretativo en su concepto, naturaleza y espíritu conceptual.

La Corte Constitucional una línea jurisprudencial que ha perdurado desde la constitución de 1991, las interpretaciones normativas a la luz de diferentes factores, cuyo fin es la utilidad y bienestar social, estatal y personal.

La ley 1508/2012 en su articulado, al ser tan amplio, ambiguo y genérico el concepto que maneja (APP), y al no haberlo regulado con precisión, se convierte en una norma restrictiva en algunos aspectos, como se mencionó anteriormente, pero conceptualmente es una norma “oscura”

Para poder aplicar la ley, es preciso primero interpretarla, para así saber con exactitud qué quiso decir o reglamentar la ley. En la mayoría de los casos la ley es muy precisa y puntual, por lo que no es necesario recurrir a un complejo proceso de interpretación. Pero en algunos casos, por la complejidad o ambigüedad de la ley, (ley

oscura) se requiere de una interpretación y análisis profundo para determinar el objetivo de la ley.

Pues bien, existen varios tipos o clases de interpretación de la ley, los cuales han sido contemplados en el Código civil colombiano.

Interpretación gramatical.

Art. 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Sentido corriente de las palabras.

Art. 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

Sentido técnico de las palabras.

Art. 29. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

Interpretación sistemática.

Art. 30. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

Interpretación extensiva.

Art. 31. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.

Interpretación por equidad.

Art. 32. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

Ley número 153 de 1887.

Art. 5. Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes.

Art. 48. Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia.

2. Partiendo de la interpretación hermenéutica y sistemática, así como del significado amplio de APP, la ley 1508/2012 tiene un marcado contexto desde el derecho privado y comercial, de forma tal que de manera interpretativa podemos pensar en la factibilidad de utilizar, según la ley 80 en su artículo 32, cualquier forma de contratación.

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que

se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:¹²⁶

Hemos analizado durante este trabajo, los contratos de Joint Venture, que en nuestra legislación comercial han sido vinculados por principio interpretativo por su naturaleza mercantil, así como el contrato de Outsorsing o Leasing, de hecho en el sector privado o incluso en algunos ejemplos públicos se puede observar como los contratos innominados se utilizan con frecuencia.

Puede resultar apresurado concluir que, en Colombia pueden existir Asociaciones Publico Privadas de carácter institucional, desde la aplicación interpretativa del espíritu de la norma, y desde el significado del concepto APP, así como desde la remisión a la legislación privada como un solo cuerpo sistemático en los intereses públicos.

6. LAS APP INSTITUCIONALES EN COLOMBIA SON UN CONCEPTO AMPLIO E INDETERMINADO

Siendo así, no podríamos concluir de manera contundente que en Colombia pudiera existir una APP de carácter Institucional, desarrollada por ejemplo desde un contrato de Joint Venture Corporativo de característica meramente privada, desligada de un órgano estatal, Sino que por el contrario esta SPV si existiera estaría vinculada indirectamente a la función administrativa con ocasión a los aportes estatales y también a la hora de constituir una SPV con personería jurídica propia e independiente de sus socios creadores.

El Artículo 355 de la Constitución Política desarrolla el siguiente postulado *“Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

¹²⁶ Secretaria del Senado, Ley 80 de 1993, Colombia

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”

La ley 1508 de 2012 no regulo con precisión los instrumentos de vinculación de capital privado aceptados en Colombia, pues en su cuerpo normativo se limita a explicar el desarrollo del modelo desde una óptica contractual dejando de lado el modelo Institucional, de esta forma en Colombia y a pesar de que la analogía internacional abre la puerta a la implementación del modelo Institucional con respaldo del Derecho Privado, las APP INSTITUCIONALES en Colombia siguen siendo un concepto demasiado Amplio e indeterminado que requiere un desarrollo no solo legal, sino conceptual, técnico y practico.

Finalmente entre tanto la ley 1508 de 2012 no sufra una modificación en cuanto al tema de la financiación de los proyectos en donde se desarrolle el SPV, corresponderá al DNP determinar, aprobar o definir si en determinado proyecto se podrá realizar una APP INSTITUCIONAL.

Como puede observarse es deber del Departamento Nacional de Planeación expedir una metodología para que los entes Nacionales y territoriales puedan dar trámite a algunas modalidades de proyectos APP.

A la fecha el Departamento Nacional de Planeación no ha expedido los parámetros que justifiquen el uso de la figura en comento que pueda dar lucidez a la ejecución de proyectos APP INSTITUCIONALES.

“Pese a lo anterior, de manera extra oficial, en un documento elaborado por el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el BID, denominado —Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de Asociación Público-Privada. Nota Técnica: Comparador Público-Privado para la

selección de proyectos APP, se establecen los parámetros técnicos que justifican el uso del mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con parámetros definidos y aceptados como buenas prácticas”¹²⁷.

Específicamente, en la Guía de Buenas Prácticas, el DNP sugiere el uso de una metodología en la cual se toma el valor de la mejor hipótesis, y esta hipótesis puede estar ligada a cualquiera de las iniciativas ya sea pública o privada que se refleje en un proyecto alternativo con financiamiento del sector público y se lo compara con el valor del proyecto APP obtenido en la etapa de estructuración, después de haber detallado el modelo financiero conducente, para de esta manera calcular el Valor Por Dinero. Dejando de lado el desarrollo institucional del modelo, lo cual para el ámbito Jurídico Colombiano en la actualidad sigue siendo un concepto amplio pero indeterminado

¹²⁷ Alcaldía Mayor de Bogotá, “Buenas prácticas en la Contratación Estatal”, Bogotá 2012, Pág 26

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Después de observar el modelo APP en el mundo, con sus características y desarrollo no solo legal, sino económico dentro de los intereses del Estado, la administración pública y el sector privado, en la práctica, el proceso de aplicación del modelo es bastante incierto, es importante decir que la evolución de las formas de contratación y el cumplimiento de los fines del estado han creado caminos en donde los sectores socioeconómicos deben actuar en un solo sentido.

Inicialmente las APP crean vínculos no solo contractuales, sino que además puede crear un vínculo económico, por medio de una empresa SPV, la experiencia internacional arroja buenas prácticas al respecto, pero también existe una amplia gama de riesgos (mitigables) que pueden ocurrir en una descuidada práctica.

Podemos concluir en que si bien las Sociedades de Economía Mixta se asemejan a las APP de Carácter Institucional, no hacen parte de la misma naturaleza ni funcionamiento, son formas de vinculación del capital privado, para cumplir funciones del estado, pero por caminos diferentes que marcan una línea de objetivos y propósitos jurídicos semejantes mas no iguales.

Las SEM por su parte nacen de la propuesta del Estado mediante Ley, Acuerdo u Ordenanza, cosa que es diferente en el modelo APP Institucional, donde tanto el particular como el Estado pueden generar propuestas de asociación a la administración o incluso las Entidades que conforman el sector Público, y se establece una etapa de selección, en el caso colombiano regido por la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y el Estatuto General de Contratación Pública, cumpliendo de forma administrativa también con las formalidades requeridas por el Registro Único de Asociaciones Publico Privadas (RUAPP) del artículo 25 de la ley 1508 de 2012, lo cual no ocurre con las SEM ya que la ley que autoriza la creación de una Sociedad de Economía Mixta del orden nacional solo puede ser dictada o reformada por iniciativa

del Gobierno como lo destaca el artículo 154 de la Constitución Política que se refiere a “ Solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 9, 11 y 22 del artículo 150” es decir la ley que autoriza la creación de las SEM, entonces la ley que crea las SEM no es una Ley general como la ley que crea las APP, ya que en la creación de una SEM se establece una ley particular y concreta al referirse a una sociedad determinada e individualizada, lo cual rompe el esquema de vinculación genérica a particulares en proyectos de APP, Por otra parte ya se habló de la naturaleza constitucional en la descentralización administrativa y la vinculación de las SEM en la rama ejecutiva del poder público colombiano, cosa diferente al ejercicio en el sector público Colombiano de un proyecto APP.

Los JVCo son una buena forma de llevar a cabo el APP institucional y ponerlo en práctica casi que en la mayoría de legislaciones con herencia de derecho civil en su parte contractual, en el caso colombiano a manera de interpretación y por vínculo de la ley civil comercial, es aplicable el APP Institucional, de tal manera que la ley 1508/2012, es una puerta abierta a las sociedades público privadas de carácter institucional.

Por vía interpretativa las APP Institucional pueden llegar a operar en el contexto Colombiano, esto no quiere decir que no sea necesario su regulación general, pues existen puntos muertos que deben ser aclarados por el legislador.

Los contratos innominados en Colombia han venido operando incluso en el sector público, de forma tal que la amplia gama de Joint Venture's puede abarcar un amplio capítulo en la regulación de las APP, de esta manera se aclararía el funcionamiento de

- la inversión de capitales privados
- las formas de financiamiento de obras públicas

- el financiamiento específico de determinados servicios, bienes y obras que no se especifican
- la operación de los regímenes especiales en las entidades públicas frente a la ley 1508/2012

La forma LLP, o sociedades de responsabilidad limitada son un aliciente tanto para el sector privado, como para la entidad en el resguardo de su responsabilidad frente a la mala gestión de su socio o socios en actos ajenos a su funcionamiento individual, de forma tal que sería un buen camino, el cual no debe ser apresurado sino previa exploración de sus alcances y limitantes.

Los acuerdos de voluntades por parte de las administraciones generan nuevas formas contractuales que inyectan de posibilidades a los Estados para lograr sus cometidos públicos, de esta forma la experiencia extranjera ilumina un camino que debe ser cuidadoso en su accionar, de forma tal que se articule en el caso colombiano con los principios constitucionales, los parámetros de contratación pública de la ley 80/1993, el derecho privado y las normas correspondientes a la especialidad del tema, como la ley 1508/2012, involucrando un entendimiento desde la perspectiva del Soft Law.

El contratista privado, también debe analizar el modelo APP que está a punto de formar con la entidad contratante, o en materia privada con el otro Partner ya sea nacional o extranjero a cuanta de no asumir riesgos de más, lo que puede llegar a ocasionar su extinción, enfrentándose a demandas o insolvencias originadas desde una mala planeación.

Si bien, la creación de una sociedad publico privada, es una tarea meticulosa, es bueno aclarar que en la parte constitutiva los Estatutos, Acuerdos y voluntades de los socios, debe estar planamente asesorado por expertos al respecto, no solo se trata de un negocio, sino de la función pública y el bienestar general, de igual forma los riesgos para el sector privado no deben ser trasladados en su totalidad, con miras a mantener

el equilibrio contractual y las cargas del mismo, en realidad la esencia de las APP sugieren una colaboración para el cumplimiento de fines públicos, pero que de esos fines públicos también saque provecho, en el buen sentido de las palabras el socio privado, de forma tal que se materialice el Derecho a retribución en proyectos de Asociación Publico Privada que menciona el Artículo 2.2.2.1.2.2 del Decreto 1682 de 2015, de forma tal que a pesar de las condiciones frente a la calidad y a la buena ejecución de los proyectos sea un buen negocio para el socio privado llevar a cabo proyectos de APP

La transmisión de riesgos al contratista es la puerta que se abre en el mundo e interpretación del modelo APP para Colombia, asemejando este encargo con los modelo DBFO, y las iniciativas del PFI, pero esto no quiere decir que la interpretación y objeto del modelo en su esencia pura este siendo aplicado, puesto que para el caso colombiano su eventual aparición se desarrolla desde la interpretación a la posibilidad de aplicación del modelo APP INSTITUCIONAL y no porque sea clara la voluntad del legislador reflejada en la norma.

En materia de terminación o no funcionamiento de la sociedad, o del APP institucional, se debe asegurar una buena terminación, conocer el negocio y la parte financiera y económica de la empresa, con el fin de terminar la sociedad en el mejor momento, para ello es importante atender a las recomendaciones y caminos expuestos sobre salidas estratégicas, y esto no solo con beneficio de una de las partes, sino con prudencia por toda la sociedad y los actores que en ella operan, también es importante atender a los casos internacionales a las experiencias de otros países y crear buenas practicas al respecto, como el sistema de auditorías incluso desde los procesos de selección del socio privado.

Es recomendable crear cierta publicidad al respecto, en las formas de contratación estatal, crear caminos de información a las nuevas figuras y rutas para crear vínculos de inyección de capital y mantener un impulso de obras y servicios públicos apoyado por el sector privado, sin embargo es preciso corregir vacíos y

proponer complementariedad tanto en la legislación actual, como en los procedimientos de acceso a participación en la contratación estatal.

Cabe resaltar que APP no es una modalidad cerrada, por el contrario es un camino abierto a nuevas formas de contratos y estrategias de inyección de capital en intereses públicos, que los vínculos contractuales y económicos pueden evolucionar en formas novedosas y ser empleadas con éxito, pero para ello es importante conocer el verdadero propósito, los modelos económicos y jurídicos operables y también las capacidades del Estado en adoptar modalidades en la actualidad.

Desde la óptica del derecho Administrativo, las APP en Colombia y el mundo requieren de bases estratégicas tanto legales como comerciales, que permitan custodiar los capitales de inversión de las partes intervinientes, apoyados en órganos de control, de apoyo a las empresas, y sobre todo por órganos que permitan una confiabilidad en la creación de este tipo de figuras y su correcta implementación.

Es importante rescatar en la experiencia internacional, la activa participación y el interés local y municipal en la correcta práctica de las APP, impulsando proyectos de infraestructura y servicios públicos, desde su competencia territorial, creando un esquema independiente dentro de los marcos legales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUDELO, Mauricio, “Mejora en el clima de inversión: el rol de las alianzas público – privadas para la competitividad”, Bogotá, Alta Consejería para la Competitividad y la Productividad, Sistema Nacional de Competitividad, 2008

AKHTER Khanom, Nilufa, “Conceptual Issues in Defining Public Private Partnerships (PPPs)” International Review of Business Research Papers 2010

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, “Buenas prácticas en la Contratación Estatal”, Bogotá 2012

ALFEN, Hans; N Satyanarayana, Ogunlana Stephen, “Public-Private Partnership in Infrastructure Development Case Studies from Asia and Europe”, Bauhaus-Universität Weimar, Germany 2009.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO BID (2009) Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de Servicios Públicos Informe Final.

Recuperado de:

http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Documentosde_apoyo/experiencias_internacionales/Experiencia_chile/experiencia_chilena_APP.pdf.

BELEÑO, Isis (2010) Unimedios, Vías frenan competitividad en Colombia,

Recuperado de:

<http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/viasfrenan-competitividad-en-colombia.html>

BOTERO, M & Fernández, R (2002), Contrato de Concesión de Aeropuertos en Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., Colombia.

Recuperado de:

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS74.pdf>

BROADBAND “Delivering next generation access through” PPP 2010

CÓDIGO CIVIL DE COLOMBIA

CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE CEPAL (2005),
Conectividad, ámbito de impacto y desarrollo territorial: el caso de Chile.

Recuperado de:

<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/24001/lcl2418e.pdf>

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE CEPAL (2011),
Sistemas Aeroportuarios Servicio Público e Iniciativa Privada.

Recuperado de:

www.eclac.org/publicaciones/xml/8/44068/Lcl3343e.pdf

COMISIÓN EUROPEA, “El Libro Verde sobre PPP”, publicado en 2004

CONGRESO DE COLOMBIA (2012), Ley 1508 del 10 de enero de 2012 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991.

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, República de Colombia,
Departamento Nacional de Planeación, Documento Conpes 3760 de 2013

CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO CAF (2010), Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España.

Recuperado de:

<http://www.caf.com/media/3163/LibroinfraestructuraFINAL.pdf>

CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO, “Financiamiento De Las Infraestructuras” 2011

DAN Elias, O&M, “Abreviada del artículo en ICMA”, Lcdo. 2012

DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT, HERITAGE AND LOCAL GOVERNMENT, “Guidance on the adoption of a Joint Venture Company approach for a Public Private Partnership in Ireland”, NDP, 2004

DEPARTAMENTO DE MEDIO AMBIENTE, PATRIMONIO Y GOBIERNO LOCAL IRLANDA, "Un marco político para las Alianzas Público-Privadas " informe de mayo 2000

DNP COLOMBIA, “Guía de Asociaciones Público Privadas – Introducción y Presentaciónasociaciones Publico Privadas”, concepto traducido al español del inglés public private partnership (PPP), Junio de 2014.

DNP COLOMBIA, (2012) ABECÉ ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS (APP), (27 de mayo de 2013)

Recuperado de:

<https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=ZkMyMKpyTkI%3d&tabid=1533>

DEVLIN Robert; Moguillansky Graciela “Alianzas público-privadas: para una nueva visión estratégica del desarrollo”, Secretaria General Iberoamericana, Naciones Unidas 2009.

DUARTE Darío, “Los contratos de concesión de obra pública y su financiación, un estudio comparativo actual Estados Unidos-España”.

EUROPEAN COMMISSION, “Resource Book on PPP Case Studies”, Directorate General Regional Policy, June 2004

EUROPE PPP HM TREASURY OF UK, “Joint Ventures: A guidance note for public sector bodies forming Joint ventures with the private sector” 2010.

FERNANDO, K, (2009), Lan supera en Bolsa el valor de las aerolíneas British Airways, Japan Airlines, Gol e Iberia, La Tercera.

Recuperado de:

http://www.latercera.com/contenido/655_196372_9.shtml

GUIDANCE ON PPP Joint Venture Companies Guidance on the adoption of a Joint Venture Company approach for a Public Private Partnership, Ireland, 2004

CNUDMI, Guia Legislativa, sobre proyectos de infraestructura con financiación privada Preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, “Financiación De Infraestructuras Públicas y Estabilidad Presupuestaria”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

HEARST NEWSPAPERS, LLC 2014

HM TREASURY OF UK, “Joint Ventures: A guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector” 2010.

INVESTOPEDIA, Filed Under: Financial Lingo, Government Spending

JOINT VENTURES:a guidance note for public sector bodies forming joint ventures with the private sector, 2010

Tomado de:

<http://www.insolvencydirect.bis.gov.uk/technicalmanual/Ch4960/Chapter%2053A/Part%201/Part%201.htm>

LEY UK DE 2000

LEY DE SOCIEDADES de 1963, Reino Unido

LEY DE INSOLVENCIA DE 1986 (c 45) es una ley del Parlamento del Reino Unido que ofrece la plataforma legal para todas las cuestiones relativas a la insolvencia personal y corporativa en el Reino Unido.

LINGUEE GMBH, 2014

Recuperado de:

<http://lfcarreno.lacoctelera.net/categoria/joint-venture>

LLP, Limited Liability Partnership, UK, 2010

MILLÁN German, Experiencia del Reino Unido en Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos, 2009

MINISTRY OF FINANCE OF THE SLOVAK REPUBLIC “Public Private Partnership” 2011.

MORENO More, “Ordenación del Territorio en Francia”, 2008

NARENDRA Modi, the Economic Times, Web Site

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), “Dedicated Public-Private Partnership Units a Survey of Institutional and Governance Structure”, Francia 2010.

REBELLA Jorge, “Las PPP han tenido un crecimiento exponencial en el mundo entero”, 2011

SECRETARIA DEL SENADO, Ley 1508/2012, Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012

SECRETARIA DEL SENADO, Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993, Ley 80/1993

THE ENVIRONMENT, Community and Local Government, 2007

TYSON BUILDING CORPORATION, "2005 IBSS Marketing", 2005

UNCITRAL Visiting Scholar (2011.7.26 - 2012.7.25.), Faculty of Law at the Dankook University in Republic of Korea

UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, "Highway Public-Private Partnerships More Rigorous Up Front Analysis Could Better Secure Potential Benefits and Protect the Public Interest", GAO 2008

UNIVERSITY OF CENTRAL LANCASHIRE, Preston, PR1 2HE, UK, A comparative study on legislations relating to public private partnerships in the UK and Slovenia, School of Built and Natural Environment European Investment Bank 2012

URUETA, Juan Manuel, "Seminario Asociaciones Publico Privadas", Universidad Del Rosario. Bogotá 2013

SITIOS WEB

A Guidebook on Public-Private Partnership in Infrastructure

http://www.unescap.org/ttdw/common/TPT/PPP/text/ppp_guidebook.pdf

Capítulo 2 Las Joint Ventures en México

http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/miranda_g_gg/capitulo2.pdf

Contrato de Joint Venture

<http://www.slideshare.net/angelitamurillo/joint-venture-diapositivas>

Continúa el análisis de la Ley 1508 de 2012 y la inversión privada para explotación con ánimo de lucro de los servicios públicos, entre ellos la Educación. Voz Juridica.com
<http://www.vozjuridica.com/segunda-apunte-juriacutedico-sobre-ley-1508-de-2012-y-la-educacioacuten.html>

Guía de Contratación Estatal, Alcaldía Mayor de Bogotá
http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/adminverblobawa?tabla=T_NORMA_ARCHIVO&p_NORMFIL_ID=2956&f_NORMFIL_FILE=X&inputfileext=NORMFIL_FILENAME

Les sociétés d'économie mixte locales (SEML)
<http://www.collectivites-locales.gouv.fr/societes-deconomie-mixte-locales-semi>

Limited Liability Partnerships Act 2012
http://www.ssm.com.my/sites/default/files/acts/LLP%20ACT%202012%20-%20For%20Portal_new.pdf

Los contratos de concesión de obra pública y su financiación, un estudio comparativo actual Estados Unidos España.
<http://upcommons.upc.edu/pfc/bitstream/2099.1/12032/1/TESINA-FINAL.pdf>

Partnerships, Limited Partnerships and Joint Ventures: Managing the Risk
<http://www.dolden.com/content/files/1235176476049-partnerships-limited-partnerships-and-joint-ventures-managing-the-risk-june-1996.pdf>

Primer encuentro Técnico Sobre La Estructuración de Proyectos de Asociación Publica Privada, México DF 2009
http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Encuentros_tecnicos/PET2009/marco_legal_evolucion.pdf

ROMERO, Perez Jorge Enrique, El Contrato de Joint Venture, La Experiencia de Costa Rica

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1943/9.pdf>

The Differences Between Limited Partnerships and Joint Ventures

<http://smallbusiness.chron.com/differences-between-limited-partnerships-joint-ventures-23202.html>

Un Indicador de Elegibilidad Para Seleccionar Proyectos de Asociaciones Público-Privadas En Infraestructura y Servicios, Sergio Alejandro Hinojosa 2010

<http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Documentos de apoyo /otros/Indicador APP Hinojosa.pdf>

SENTENCIAS

Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007

Corte Constitucional, Sentencia C-953 de 1999

Corte Constitucional, Sentencia C 050 de 2015