

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

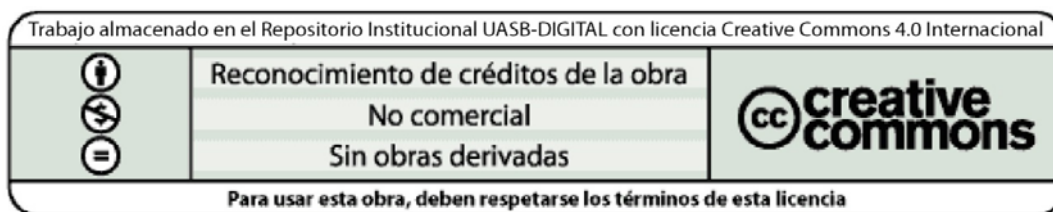
Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública

Limitaciones en la normativa de las asociaciones público-privadas en el Ecuador

Lorena Jasely Carrera Guamán

Tutora: Inés María Baldeón Barriga

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Lorena Jasely Carrera Guamán, autora de la tesis intitulada “Limitaciones en la normativa de las asociaciones público-privadas en el Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.

Firma:

Resumen

Si bien la participación del sector privado en el desarrollo de proyectos públicos, a través de la figura de concesión se remonta hace muchos años atrás, es en los años 90 cuando se fortalece y se genera una nueva estructura desde la perspectiva del Public Private Partnership, bajo esta figura británica el gestor privado deja de ser un socio financista y pasa a ser un socio estratégico, que en algunos casos es quien diseña, construye e incluso se encarga de la operación y mantenimiento de un proyecto público. Varios autores concuerdan en que no existe una definición única de las asociaciones público-privadas, sin embargo, es importante señalar que es una figura donde convergen las capacidades e intereses del sector privado y público, a fin de alcanzar un objetivo común. Esta figura tiene grandes beneficios económicos, pues pone límite al déficit presupuestario y limita el endeudamiento público, además cuenta con varias modalidades donde el factor determinante de cada uno es la correcta distribución de riesgos.

Ahora bien, es importante señalar que para su correcta aplicación requiere un alto grado de seguridad jurídica, que solo se consigue con un estable marco jurídico. En el caso de nuestro país el 18 de diciembre de 2015 se emitió la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, tras la caída del precio del barril de petróleo, lamentablemente la expedición de la ley respondió a la grave situación económica del país, tanto es así que el objeto de dicha ley es el establecimiento de incentivos tributarios, dejando varios vacíos para su aplicación, como es el caso del procedimiento del concurso público para la selección del gestor privado.

En el caso de otros países la figura de asociación público-privadas, cuentan con un estable marco jurídico que norma de manera íntegra su aplicación, brindando la seguridad y certeza necesaria para su correcta aplicación; así tenemos los casos de Chile, México y España, cuyas experiencias pueden servir de referencia para estructurar nuestro propio ordenamiento jurídico sobre el tema. El cometido de romper las limitaciones normativas de las asociaciones público-privadas en nuestro país, debe iniciar con una depuración de toda la norma vigente sobre la figura y

generar una ley que abarque toda la figura desde la concepción del proyecto, ya sea por una iniciativa del gestor público o de un gestor privado, hasta la ejecución del proyecto.

Agradecimientos

En la vida siempre hay que agradecer por las bendiciones recibidas, y en este caso especial en el que he podido alcanzar una meta más en mi vida profesional, quiero agradecer el apoyo incondicional de mi familia, en especial de mis hijos Paula Emilia y Martín, que pese a su corta edad supieron comprender mis ausencias durante este período, gracias amores míos por su comprensión y apoyo; agradezco también a mi esposo Marco Gonzalo por ser mi compañero de vida y siempre apoyarme en mis proyectos.

No puedo dejar de agradecer a mi tutora, la doctora Inés María Baldeón, por guiarme en el desarrollo del presente trabajo de investigación, por su tiempo y compromiso.

Tabla de contenido

Capítulo Primero.....	15
Una visión general histórico-doctrinaria de las asociaciones público-privadas	15
1 Breve historia sobre las asociaciones público-privadas	16
2 Definición de asociación público-privada.....	23
3 Modalidades de asociaciones público-privadas	29
Capítulo Segundo.....	35
Limitaciones normativas en la aplicación de las asociaciones público-privadas en el Ecuador	35
1 Dimensión histórica de las asociaciones público-privadas en el Ecuador	43
2 Análisis de la normativa vigente en relación a las asociaciones público privadas en el Ecuador.....	49
2.1 Análisis Constitucional	49
2.2 Análisis Normativo	52
2.2.1 Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera	54
2.2.2 Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI).....	63
2.2.3 Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP)	63
2.2.4 Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD).....	64
2.2.5 Ley de Compañías.....	65
2.2.6 Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.....	65
2.2.7 Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal	68
Capítulo tercero.....	75
Experiencia en la aplicación de la figura de asociación público-privada en Chile, España y México.....	75
1 Experiencia Chilena	75
2 Experiencia Española	79
3 Experiencia Mexicana.....	86

Conclusiones.....	93
Recomendaciones	97
Bibliografía	103

Abreviaturas

APP	Asociación Público-Privada
CPP	Colaboración Público-Privada
PPP	Participación Público-Privada
PPPs	Public-Private Partnerships
PFI	Private Finance Initiative
Ley APP	Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera
COPCI	Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones
LOEP	Ley Orgánica de Empresas Públicas
COOTAD	Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización
GAD	Gobierno Autónomo Descentralizado
MTOP	Ministerio de Transporte y Obras Públicas
MOP	Ministerio de Obras Públicas del Gobierno de Chile
TIC	Tecnologías de la información y la comunicación

Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar la figura jurídica de las asociaciones público-privadas, estudiar su desarrollo histórico en el Ecuador como en otros países, conocer sus definiciones y modalidades, a fin de entender su verdadero alcance. En cuanto al desarrollo histórico en nuestro país analizaremos dos momentos, el primero en la década de los 90 período en el que se expidió la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada; y, el segundo momento en el 2015, año en el que se expidió la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público - Privadas y la Inversión Extranjera.

Una vez estudiada y comprendida de forma clara la figura jurídica de las asociaciones público-privadas, realizaremos un análisis de la figura en la legislación ecuatoriana, donde evidenciaremos como desde el ámbito normativo se limita la adecuada aplicación de este instituto jurídico, pues el objeto de la Ley APP vigente en nuestro país, es el establecimiento de incentivos tributarios, y no se cuenta con una ley que norme la figura de forma correcta.

El no contar con una ley que estructure de forma adecuada y completa la figura de las asociaciones público-privadas, a más de limitar su correcta aplicación, violenta principios jurídicos, como es el caso del principio de seguridad jurídica, pues la Ley APP no brinda la certeza necesaria para su aplicación, considerando que no estructura por completo la figura y tampoco norma el procedimiento a seguir para la elección del gestor privado, todos estos vacíos generan incertidumbre y pueden dar paso a un sin número de irregularidades.

Por su parte la autora Karla Pérez señala que, “Es inválida (constitucionalmente ilegítima) toda ley que confiera un poder sin regularlo completamente”¹, de esta forma establece que el alcance y límite de todo acto debe estar fundamentado en la ley, lo que sin duda nos orienta al respeto del principio de legalidad; por tanto la Ley APP al no regular completamente la figura en estudio, violenta además el principio de legalidad.

¹ Karla Pérez, “Igualdad ante la ley”, en *Principio de Igualdad - Alcances y Perspectivas* (México DF: Universidad Autónoma de México, 2005), 255. 58.

Una vez evidenciadas las limitaciones normativas de la figura jurídica de las asociaciones público-privadas en nuestro país, es pertinente revisar las experiencias de países que cuentan con un marco jurídico estable y transparente, que les ha permitido aplicar la figura de forma apropiada, la cual ha coadyuvado en su desarrollo económico, pues les ha permitido desarrollar grandes proyectos públicos, sin afectación directa e inmediata del presupuesto del Estado y sin incrementar su deuda pública.

El análisis de la experiencia de otros países nos permitirá, a más de tener una idea más clara de la figura, plantear varias recomendaciones a fin de poder estructurar una Ley que norme toda la figura, desde presentación de la iniciativa, sea esta pública o privada, el procedimiento de selección del gestor privado, la ejecución del proyecto, hasta la culminación del mismo, a fin de contar con un marco jurídico completo y estable.

Capítulo Primero

Una visión general histórico-doctrinaria de las asociaciones público-privadas

En el presente capítulo vamos abordar el estudio de las asociaciones público-privadas, su desarrollo histórico, definición y modalidades; puntos importantes que nos permitirán tener una idea clara de lo que es una APP y sus alcances. Partiremos señalando que la denominación de asociaciones público-privadas (APP) es también conocida como contratos de colaboración público privada (CPP) y participación pública privada (PPP); estas denominaciones dependen de un país o región determinada. Para el desarrollo del presente trabajo de investigación tomaremos a estas definiciones como sinónimas.

Es importante señalar que la participación público privada proviene de la expresión británica Public Private Partnership cuyo origen se encuentra dentro del programa de reformas emprendidas por el gobierno británico, denominada private finance initiative (PFI); cuyo fin fue modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada². Esta figura se justificó como alternativa a lo que históricamente hemos visto, una administración pública proveedora directa de bienes y servicios públicos.

Como se señaló las nuevas tendencias en participación público-privadas nacen en un país anglosajón, que dentro de las familias jurídicas pertenece al Common Law; de acuerdo a Christian Hertel, “A la familia jurídica del Common Law pertenecen todos los países que alguna vez en el pasado han sido (o todavía son en la actualidad) colonias de Inglaterra, por tanto, en particular, los países de la Commonwealth y los Estados Unidos”³, el autor señala además que la madre patria del Common Law es Inglaterra, que continua siendo el modelo de referencia⁴.

Según la autora Nuria González el Common Law es un sistema jurídico jurisprudencial, cuyas características son:

² Julio González García, “Contrato de colaboración público-privada”, *Revista de Administración Pública*, n° 170 (2006): 7–39.

³ Christian Hertel, “Sistemas y familias jurídicos del mundo”, *Notarius International* 12 (2009): 185–200. 187

⁴ *Ibíd.* 187

1) La plasticidad de sus fuentes. 2) El espíritu realista y práctico de sus métodos jurídicos. 3) Concepción empírica del mundo, frente a la concepción racionalista europea. 4) Pensamiento concreto, enemigo de las ideas generales. 5) Carácter judicial eminentemente. 6) Caso real y práctico. 7) Derecho hecho por los jueces, derecho jurisprudencial⁵.

De la plasticidad de lo práctico y concreto de esta familia jurídica, podemos entender la visión de incorporar en proyectos públicos a inversionistas privados que coadyuven al desarrollo y eficiencia de los servicios públicos.

Bajo la figura de las asociaciones público-privadas, el sector privado no es solo el socio financista, sino que en muchos casos es quién diseña, construye e incluso se encarga de la operación y mantenimiento posterior, de infraestructuras públicas cuyo fin primordial es la provisión de servicios públicos de calidad en beneficio de la comunidad. Si bien vamos a revisar como la figura de las APPs intentaría coadyuvar en un primer momento al equilibrio presupuestario de los Estados, no podemos olvidar que el objetivo central es la búsqueda de satisfacer las necesidades de interés general.

Para comprender mejor la figura jurídica de las asociaciones público-privadas revisaremos su desarrollo a través de la historia, y como en la actualidad a más de una opción de contratación pública, podría ser el camino más adecuado para la provisión de servicios públicos oportunos y de calidad.

1 Breve historia sobre las asociaciones público-privadas

Si bien a partir de los años 90 las asociaciones público-privadas (en adelante APP) tienen una nueva estructura desde la perspectiva del Public Private Partnership, como lo revisamos anteriormente, en países como España ya se desarrollaban proyectos públicos bajo la figura de concesión, figura que es una modalidad de asociación público-privada, “y es que, la concesión, como figura jurídica, no es sino la manifestación contractual más común de las APPS en España y en otros muchos países de tradición Administrativista”⁶. En el caso de América Latina con mayor

⁵ Nuria González ed., “Common Law: Especial referencia a los Restatement of the Law en Estados Unidos”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. II: Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos*, vol. II (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/19.pdf>. 404.

⁶ Andrés Rebollo Fuente, “Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público – Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general”, Informe de consultoría sobre las asociaciones público-privadas (APP) en España (Madrid: Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2009). 6

fuerza y progresividad países como México, Chile, Colombia, dieron paso a grandes proyectos con resultados positivos. Varios autores señalan inclusive que la figura de las APP no es nueva e incluso se remontan a épocas del imperio romano donde de forma incipiente ya existieron ciertas formas de colaboración pública-privada.

Sin embargo de lo expuesto con el fin de tener una idea uniforme y clara de lo que en la actualidad son las asociaciones público-privadas estudiaremos el origen del Public Private Partnership, sin dejar de lado a la figura de la concesión, para lo cual revisaremos lo que Grahame Allen habla sobre la iniciativa de financiación privada en su obra *The Private Finance Initiative*, quien señala que antes de los años 90 los gobiernos no estaban dispuestos a permitir que el capital privado intervenga en el desarrollo de proyectos públicos. Posición que cambió con el surgimiento de la figura denominada iniciativa de financiación privada a partir de la emisión de las Reglas Ryrie. El autor citado al respecto señala: “Their position was set out in the so-called *Ryrie-Rules*. The Rules presupposed that some projects, such as road building, should be undertaken by the public sector and that, where private sector finance was involved, public expenditure cover would usually be required”⁷. La posición establecida en las Reglas Ryrie, consistía en el desarrollo de proyectos públicos con financiamiento privado, con cobertura de gasto público.

Las Reglas Ryrie de acuerdo a lo establecido por el autor en mención, fueron formuladas por el Consejo Nacional de Desarrollo Económico (NEDC) en 1981 bajo la presidencia de Sir William Ryrie. Posterior a esto en 1988 las reglas fueron revisadas bajo dos principios fundamentales: “private finance could only be introduced where it offered cost effectiveness; and, privately financed projects for public sector programmers had to be taken into account by the Government in its public expenditure planning (i.e. such projects had to have public expenditure cover)”⁸. Cuya traducción en relación al primer principio es señalar que: el financiamiento privado sólo podría introducirse cuando ofrecieran una relación costo-efectividad; y, el segundo principio señalaba que: los proyectos de financiación privada para programas del sector público debían tenerse como gubernamentales en su planificación del gasto público (es decir, tales proyectos debían tener cobertura de gastos).

⁷ Allen Grahame, “The private finance initiative (PFI)”, *House of Commons Library*, 2003, 03–79. 9.

⁸ *Ibíd.* 10.

Continuando con el estudio histórico, las Reglas Ryrie en 1992 fueron remplazadas por la figura The Private Finance Initiative PFI (Iniciativa de Financiación Privada) anunciada por Norman Lamont. Los principios rectores del PFI de acuerdo a Grahame son similares a los que se planteó en las Reglas de Ryrie, señala además que en sus inicios la nueva política tuvo un impacto limitado, hasta que el Canciller Kenneth Clarke anunció la creación de un Panel de Finanzas Privadas en 1993⁹.

Recordarán que se mencionó que antes de los 90 era impensable para los gobiernos que el sector privado participe en la ejecución de proyectos públicos, pues esta tendencia pese a los avances alcanzados seguía limitando el surgimiento del PFI, al respecto Grahame señala que:

Michael Jack, then Financial Secretary, sought to allay widespread scepticism as to the ability of the government to proceed with PFI contracts and the readiness of the private sector to participate. He published a new PFI handbook, *Private Opportunity Public Benefit, progressing the Private Finance Initiative* drawing together the lessons that had been learnt from some key PFI projects. He also pledged to eliminate “unnecessary bureaucracy” and to promote a more favorable climate for the initiative across Whitehall”¹⁰.

De lo citado, se evidencia que el escepticismo en cuanto a la capacidad del gobierno para ejecutar contratos de PFI, incidía directamente en la participación del sector privado, además de las lecciones aprendidas de algunos proyectos PFI, permitió eliminar la burocracia innecesaria. La segunda revisión realizada por Sir Malcolm Bates de la figura PFI de 1999, recomienda que una organización permanente Partnerships UK, reemplazará al grupo de trabajo cuya vida de dos años fueron suficientes; dicha organización fue lanzada en el año 2000¹¹. Mientras el Reino Unido tuvo todo este desarrollo a través de un proceso de perfeccionamiento y aceptación de las partes; en el resto de Europa también se empezó a adaptar esta figura a sus ordenamientos jurídicos.

La Unión Europea, podemos decir fue el ente que determinó la importancia y obligatoriedad del manejo de las nuevas formas de asociaciones público-privadas, “Quizás pueda situarse la primera muestra de ese interés en el proceso de reflexión sobre la contratación pública iniciado con la publicación en 1996 del *Libro verde*

⁹ Ibíd. 11

¹⁰ Ibíd. 15.

¹¹ Ibíd. 12.

sobre la contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro”¹².

La Comisión Europea en esta fase determina que existen semejanzas entre concesión y la nueva figura de asociaciones entre el sector público y el privado, además la Comisión enfatiza en la necesidad de fomentar proyectos viales con la colaboración del sector privado.

Posterior a la publicación del Libro Verde sobre temas de contratación pública de 1996, “no es hasta el segundo trimestre de 2004 cuando la Comisión presenta un *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*”¹³; el autor anteriormente citado señala además que el Libro verde en mención, trata de generar un proceso reflexivo sobre las asociaciones público-privadas y establece una clasificación de operaciones aplicables.

A su vez la reunión de líderes políticos del Consejo Europeo dentro del establecimiento de sus agendas políticas también se pronunció sobre el tema objeto de estudio:

Tal como se aprobó en el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, en donde consideraban a los CPP un instrumento básico para la consecución de los objetivos de la denominada estrategia de Lisboa [...] el Consejo Europeo destaca la importancia de la realización de los proyectos prioritarios en materia de redes de transporte y de energía e invita a la Unión y a los Estados miembros a que prosigan sus esfuerzos de inversión y fomenten asociaciones entre los sectores público y privado¹⁴.

De lo citado se puede deducir que la figura de APP fue una herramienta de desarrollo direccionado a cubrir las necesidades de infraestructura vial, transporte, entre otras. Además, generó un gran debate sobre cuál sería la definición de la figura y la normativa aplicable.

En el caso de España es uno de los mercados en los que las asociaciones público-privadas encontraron gran asidero y han logrado el engranaje efectivo entre el sector público y el privado, sin embargo, este proceso responde no solo a la necesidad de implementación de nuevas formas de financiamiento, sino también a factores externos; al respecto Andrés Rebollo señala como las principales razones las siguientes:

¹² Miguel Ángel Bernal, “La colaboración público-privada institucional”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2010, 93–138. 96.

¹³ *Ibíd.* 98.

¹⁴ González García, “Contrato de colaboración público-privada”. 9

La entrada de España en la Unión Europea, y concretamente, en la Unión Económica y Monetaria (i.e., la adopción del Euro) y la observancia de los criterios de niveles de deuda y déficit público que se exige a los estados miembros.

La progresiva transferencia a las Comunidades Autónomas (gobiernos regionales) de la competencia y capacidad de gasto público¹⁵.

Adoptar la figura de las asociaciones público-privadas para España significó lograr un alto grado de convergencia económica sostenible, por una parte, ponía límite al déficit público y por otra, ponía límite al endeudamiento público, generando proyectos que cubrían necesidades de infraestructura; lo que le permitía cumplir con lo dispuesto en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento del Consejo Europeo.

España es uno de los países con mayor tradición en financiación privada para la promoción de infraestructuras y/o la prestación de servicios públicos; por ello, la construcción del marco legal de las APP, no puede remontarse al desarrollo normativo de la última década, dado que existen leyes y normas que influyeron en la elaboración de la Ley de contratos del sector público (2/2011) de 04 de marzo de 2011, que fue recientemente reformada en el año 2017.

Como se mencionó al inicio del presente trabajo de investigación, varios países de tradición administrativista iniciaron la ejecución de proyectos de colaboración público-privada mucho antes que la concepción británica The Private Finance Initiative.

España desde el siglo XIX ya manejaba la figura de concesión de obras, de esta experiencia, y al ser éste el sistema jurídico que se reprodujo en países de América Latina por la colonización, varios países han logrado un desarrollo efectivo de colaboración a través de concesiones como: “Chile, Perú y Colombia, cuyas Administraciones Públicas se encuentran comprometidas con la promoción de la inversión nacional y extranjera en sectores estratégicos y otros. Incluso, países como Brasil y México, típicamente celosos y protectivos [...], se encuentran promoviendo una mayor participación privada”¹⁶. Si bien Ecuador en los últimos años experimentó una decreciente participación del sector privado por factores de índole político, también desde 1993 con la expedición de la Ley de Modernización del Estado,

¹⁵ Rebollo Fuente, “Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público –Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general”. 15.

¹⁶ Javier Robalino Orellana, “Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”, Revista de Derecho Foro (Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional), n° 13 (2010): 166. 98.

Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, utilizó la figura de la concesión.

En el caso de Chile varios autores concuerdan que la figura de la concesión tiene su origen en la década de los 90, “cuando las autoridades de la época observan que el desarrollo económico del país podía verse fuertemente restringido como consecuencia del déficit de infraestructura [...] y que este déficit no podía ser superado sólo con recursos provenientes del presupuesto fiscal”¹⁷; indudablemente este mecanismo permite la construcción y mantenimiento de obras a cargo del sector privado, lo que significa una carga menos al presupuesto del estado, fortaleciendo los servicios públicos.

En este punto es importante recordar que es la concesión y que nos permite alcanzar con la utilización de esta figura, “El objetivo del Sistema de Concesiones es que los privados financien obras públicas que, siendo económicamente rentables, permiten recuperar la inversión a través del cobro directo de una tarifa a los usuarios y/o comprometiendo pagos diferidos del presupuesto público”¹⁸; la concesión sin lugar a duda como una modalidad de asociación público-privada, permite la ejecución de obras públicas necesarias, sin afectar directamente al presupuesto del estado, permitiendo se atiendan otros sectores históricamente relegados.

Podemos decir que, “Mediante las concesiones [...] el Estado otorga una actividad propia de su ámbito a una empresa privada (denominada por ello sociedad concesionaria), que se encarga de gestionar esa actividad bajo tutela administrativa, lo cual implica la inspección y vigilancia por parte de la Administración concedente”¹⁹; la concesión por tanto es la colaboración entre el sector público y el privado con la finalidad de proveer un bien o servicio público.

La falta de infraestructura pública limita el desarrollo de los países y hace que la pobreza se arraigue en sus sociedades, pues al no contar con servicios públicos de calidad esto merma las condiciones de vida y los sumerge aún más en la pobreza. Generalmente en países en vías de desarrollo como el nuestro se evidencia estas carencias, de aquí la necesidad e importancia de implementar proyectos de

¹⁷ Julio Toro, “Experiencia chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de Servicios Públicos”, Informe de consultoría (Santiago de Chile: Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2009). 6.

¹⁸ *Ibíd.* 7.

¹⁹ Isaac Martín y Marco Almeida ed., “La nueva contratación pública” (Ponencia, I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo, Toledo, 2014), 307. 171.

asociaciones público-privadas; “En Chile, para que un proyecto de infraestructura o edificación pública sea elegible de ser ejecutado [...] a través de diferentes modalidades de asociación público-privada, han surgido [...] instrumentos metodológicos que permiten evaluar su conveniencia”²⁰, dicha conveniencia será medida a través de la satisfacción de necesidades de la sociedad.

Siguiendo la línea histórica de países de América Latina que han seguido la corriente española, tenemos a Colombia, que al igual que en Chile las asociaciones públicas-privadas nacen con la figura de concesiones de obras públicas, en este caso con la Ley 30 de 1993, si bien este surgimiento a inicios fue incipiente por falta del interés del sector privado, en “2012 el presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos Calderón, sancionó la Ley 1508 de 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas”²¹. De acuerdo al comentario emitido por la autora colombiana María Hernández, según lo dispuesto en la ley citada, solo se podría escoger la opción de APP previo un análisis costo/beneficio, que demuestre que la indicada figura es una modalidad eficiente y necesaria²², esta condición es similar a la contemplada en nuestra normativa vigente relacionada al tema de estudio.

Para España, Chile y Colombia la intervención en proyectos de obras viales, constituye una de las necesidades latentes que limitan el desarrollo económico, toda vez que las mismas representan varios beneficios como, “mejorar los procesos productivos, al permitir una mayor circulación de bienes y una mayor movilidad de personas”²³. Sin embargo, esto significa la necesidad de contar con los recursos que cubran tales inversiones, con una planificación adecuada que contemple la operación y mantenimiento de dichas obras, a fin de que la provisión de ese servicio sea constante.

Si bien hemos realizado un breve recorrido histórico sobre el surgimiento de la figura jurídica de las asociaciones público-privadas, desde su origen anglosajón y la comparación de ésta con la figura de la concesión, que como ya lo mencionamos

²⁰ Toro, “Experiencia chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de Servicios Públicos”. 22.

²¹ María Mónica Hernández Ucrós, *Asociaciones público privadas : Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2014). edición para Digitalia. 43

²² *Ibíd.* 58

²³ Martín y Almeida, “La nueva contratación pública”. 170

es una modalidad de APP; es menester investigar cuál es su definición y cómo es concebida en otras latitudes.

2 Definición de asociación público-privada

La mayoría de autores concuerdan que no existe una definición general de lo que son las asociaciones público-privadas, y se refieren a las mismas como la colaboración del sector privado para el financiamiento, diseño, construcción, operación y mantenimiento de obras públicas; un elemento sustancial dentro de esta figura es la transferencia de riesgos y duración a largo plazo de estos proyectos. De lo expuesto se concluye que: “Las PPPs no son únicamente una alternativa a las restricciones presupuestarias de los Gobiernos, sino que también tratan de ser un medio para la mejora de la calidad y del nivel de servicios públicos prestados”²⁴; de la definición citada apreciamos como el fin último de las APP es el de proporcionar servicios públicos de calidad que garanticen los derechos fundamentales de las personas.

Es cardinal en este punto que recordemos que es deber del estado el respetar y garantizar los derechos de las personas, “La persona humana es el centro del Estado de Derecho, cuyo régimen jurídico le reconoce derechos que son fundamentales porque provienen de la dignidad que le es inherente; de ahí que se le califique de *Estado de derechos*”²⁵. Este debería ser un factor a tomar en cuenta al momento de realizar el análisis de conveniencia de la aplicación de la figura de las asociaciones público-privadas.

La autora ecuatoriana Inés María Baldeón en su trabajo “Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano”, define a las APP de la siguiente manera:

la APP es esencialmente una forma de contratación a largo plazo de servicios públicos en paquete”, en donde no se paga por la obra en sí, sino por la disponibilidad y/o uso del servicio inherente a la operación de dicha obra por un plazo determinado conforme a los precios y estándares de calidad establecidos contractualmente; de ahí que en la APP, el ente público transfiera al ente privado los

²⁴ José Acerete, “Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas” (Universidad de Zaragoza, 2004). 20

²⁵ Felipe Rotondo, “Derechos fundamentales y derecho administrativo”, *Revista de Derecho Público*, n° 47 (julio de 2015): 87–102.88

riesgos inherentes a todo el proceso de construcción y provisión de un servicio, porque estos pueden ser manejados de manera más eficientes²⁶.

La autora en esta definición resalta como la delegación de gestión al sector privado busca la provisión eficiente de servicios públicos; y, como la contraprestación por ese servicio está supeditada a su disponibilidad y uso; lo que genera un círculo virtuoso en beneficio de la comunidad.

José Acerete dentro de su tesis doctoral cita algunas definiciones relevantes, de las cuales me permito resaltar las siguientes: “Asociación entre los sectores público y privado, que se fundamenta en la capacidad de cada parte para cumplir de la mejor manera posible ciertas necesidades públicas a través del adecuado reparto de recursos, riesgos y compensaciones”²⁷. La repartición de riesgos es quizás el elemento más relevante que define el éxito de un proyecto de colaboración público privada.

Otra definición que abarca a la figura jurídica de estudio y que enfatiza en la provisión de servicios públicos a la comunidad es:

Las PPPs pueden definirse como acuerdos en los que entidades públicas participan en acuerdos contractuales a largo plazo con agentes privados para que éstos realicen la construcción o explotación de infraestructuras públicas o la provisión de servicios (utilizando equipamientos públicos) a la sociedad en nombre de las Administraciones Públicas. Lewis (2001)²⁸.

Al respecto Andrés Rebollo señala: “En esencia, es toda asociación de carácter contractual entre una parte pública (el socio público) y otra privada (el socio privado) para el desarrollo o provisión y/o gestión de una infraestructura y/o un servicio público”²⁹; en efecto se trata de una relación contractual cuyo objeto es ejecutar obras públicas, que satisfagan las necesidades de la colectividad.

Existe una idea generalizada de que el sector privado es mucho más eficiente al desarrollar proyectos de inversión, esta idea se sustenta en que el sector privado cuenta con mejor tecnología, personal adecuado y tiene una gestión mucho más

²⁶ Inés María Baldeón, “Las Asociaciones Público Privadas (APP) en el Marco Jurídico Ecuatoriano”, Revista de Derecho Foro (Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional), n° 25 (primer semestre de 2016): 148.

²⁷ Acerete, “Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas”, 2004. 21

²⁸ *Ibíd.* 21

²⁹ Rebollo Fuente, “Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público –Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general”. 8.

efectiva; el sector público por su parte debe precautelar y garantizar los derechos de los ciudadanos, a más de afrontar las amenazas externas que puedan existir en el desarrollo del proyecto, que solo el poder del estado puede resistir.

Esta búsqueda de mayor eficiencia y calidad en la prestación de servicios públicos, que a su vez no signifique un golpe presupuestario para el estado, es lo que afianza a las asociaciones público-privadas. Como se mencionó anteriormente las APP no deben ser vistas solo como una solución de financiamiento, sino en su contexto que abarca muchas más ventajas, sin olvidarnos que es una opción costosa por el largo plazo de su ejecución, y cuando interviene en el mismo, financiación pública.

En esta relación contractual las partes desempeñan funciones complementarias por lo que no se trata de una relación de jerarquía, sino una relación igualitaria donde las partes son socios encaminados a un fin común. “La clave, por tanto, de toda PPP es determinar el reparto de responsabilidades entre el sector público y el sector privado [...], desde la perspectiva de la designación de riesgos entre el sector público y el sector privado”³⁰, vemos nuevamente como la asignación de riesgos es una fase medular en el desarrollo de este tipo de proyectos.

De lo que hemos revisado se pueden resaltar tres características importantes de las asociaciones público-privadas que son: a) su relación de larga duración; b) el sector privado interviene no solo en la financiación sino también en el diseño, construcción y operación; y, c) debe existir una adecuada distribución de riesgos entre las partes. Al respecto el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, publicado en 2004, establece los siguientes elementos:

La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.

El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.

El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de

³⁰ José Vassallo y Rafael Izquierdo de Bartolomé, *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España* (Corporación Andina de Fomento, 2010). <https://www.caf.com/media/3163/LibroinfraestructuraFINAL.pdf>. 104.

interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.

El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos³¹.

Cada uno de los elementos citados, que el Libro Verde califica de característicos deben ser considerados y analizados con profundidad al momento de analizar la conveniencia de aplicar una APP, dado que de la correcta distribución que se haga de los mismos, dependerá el éxito del proyecto.

Siguiendo en la tarea de definir lo que es una asociación público-privada; y, entendiéndola como el mecanismo mediante el cual el sector público y el sector privado unen sus capacidades para lograr un fin determinado, es oportuno revisar una cita realizada por Fernando Casado, sobre cómo define a las APP la Fundación de Naciones Unidas:

La creación de agendas comunes y la combinación de recursos, riesgos y beneficios. Son colaboraciones voluntarias que se construyen a través de las respectivas fortalezas y competencias de cada aliado, optimizando la asignación de recursos y consiguiendo resultados mutuamente beneficiosos de manera sostenible. Implican interacciones que aumentan los recursos, la escala y el impacto³².

De esta definición quiero resaltar el carácter voluntario de las APP, pues debemos recordar que en esta figura intervienen dos socios que buscan sus propios intereses, ejecutando un trabajo en común. “No están obligados a participar. Se deriva de dicho supuesto que cada una de las partes puede obtener de dicha asociación lo suficiente como para satisfacer sus propios objetivos, que es lo que determina que le interese hacer el trato”³³; tomado en consideración que en esta relación de voluntades es la parte pública la que debe velar por el interés general.

³¹ Eur-Lex. Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2004): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004DC0327>.

³² Fernando Casado, *Alianzas Público - Privadas para el desarrollo* (Madrid: Fundación Carolina - CeALCI, 2007). 15

³³ Mark Moore, “Reforma y Democracia”, *Creando valor público a través de asociaciones público-privadas*, Revista del CLAD, n° 34 (2006): 22. 6.

El Libro Verde de 2004 que fue citado anteriormente, establece que no existe una definición única de colaboración pública-privada en el ámbito comunitario, sin embargo, la enuncia de la siguiente manera: “se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”³⁴; en esta definición al igual que en las anteriores se resalta la necesidad de incorporar las fases de financiamiento, construcción, operación y el mantenimiento de las obras.

Es de suma importancia establecer el mantenimiento de las obras a ejecutarse, pues como bien se lo mencionó anteriormente, se debe buscar que los servicios públicos sean de calidad y constantes, de nada serviría la ejecución de una obra emblemática de alto impacto que no se mantenga en el tiempo³⁵; más aún cuando esto significa la paralización de un servicio público que obviamente va en detrimento de los derechos de los ciudadanos.

Por otra parte, los autores Virginia Pérez y Javier García, señalan que en cualquier contrato de colaboración público-privada se deben observar los siguientes parámetros:

La finalidad del contrato es la encomienda por la Administración Pública a un socio privado de la realización de una actuación global dirigida al cumplimiento de objetivos de servicios público con fines de interés general.

La Administración siempre conserva la titularidad de las obras, bienes o servicios y, por lo tanto, los poderes de policía.

La definición de los objetivos a cumplir en el desarrollo del contrato corresponde en exclusiva al socio público; esto es, a la Administración contratante.

Finalidad: financiación con capital privado. Su naturaleza jurídica por imperativo de la LCSP es de un contrato administrativo³⁶.

Se deberá tomar en cuenta que, al tratarse de un contrato administrativo, la parte pública está dotada de ciertas prerrogativas como es el caso de las cláusulas exorbitantes; ahora bien, como hemos acotado en los proyectos de APP intervienen socios por lo que se podría entender que existe cierta igualdad entre las partes, lo que

³⁴ Eur-Lex. Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2004): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004DC0327>

³⁵ En el caso de nuestro país en los últimos años bajo un gobierno estatista, no se contempló este elemento y se pretendió que el Estado asuma todos los costos, lo que no es real pues no existen recursos suficientes para cubrir todas las necesidades y mantenerlas activas.

³⁶ Virginia Pérez Alegre y Javier García, *Ley de contratos del sector público* (Madrid: Dykinson, 2011). 312. 272

en un primer momento se contradice con la existencia de cláusulas exorbitantes que pueden llegar a ser un limitante que bloquee la colaboración del sector privado.

De lo expuesto en el párrafo anterior se debe tomar en cuenta además que: “Existe un importante aspecto a tener en cuenta para que un trato exitoso sea considerado como “ganar-ganar”. En la teoría de la negociación, aprendemos como si fuera una verdad indiscutible que ningún actor aceptará un trato que lo deje en una situación peor que la condición en que habría quedado si no lo acepta”³⁷; al ser las APP un contrato administrativo bajo nuestra legislación, el gestor público tendría la potestad de terminar unilateralmente el contrato, lo que evidentemente dejaría al gestor privado en una posición de desigualdad que lo perjudicaría, más aun cuando es quien asume la mayor parte de los riesgos. En este punto es importante recordar que el o los proyectos APP a desarrollar son de interés público, por lo que tiene la finalidad satisfacer las necesidades de la colectividad, de ahí que la administración pública tenga ciertas potestades, pues debe velar por el interés general.

Regresando nuevamente a las definiciones antes de terminar este tema es pertinente que revisemos como define a las asociaciones público-privadas la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera:

Se define por asociación público-privada la modalidad de gestión delegada por la que el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico y su financiamiento total o parcial, para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el contrato de gestión delegada³⁸.

En esta definición se establece de forma puntual que el gestor privado financiará de forma total o parcial la ejecución del proyecto, sin embargo, como ya hemos revisado en la doctrina esta condición no es fija, puede darse o no. Si bien no es una limitación a la ejecución de este tipo de proyectos, queda la duda si la Ley en mención fue generada solo con el fin de tener un socio financista.

Finalmente, de la investigación realizada me permito definir a las asociaciones público-privadas de la siguiente manera: *forma de contratación*

³⁷ Moore, «Creando valor público a través de asociaciones público-privadas». 12

³⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*, Registro Oficial 652, Suplemento, 18 de diciembre de 2015. art. 8.

mediante la cual convergen las capacidades e intereses del sector público y privado, con la finalidad de alcanzar un objetivo común que es la provisión de servicios públicos eficientes y de calidad; mediante la distribución efectiva de los riesgos, (énfasis añadido).

Como podemos apreciar no existe una definición única y generalizada de lo que es la figura de las asociaciones público privadas, sin embargo, las definiciones analizadas guardan cierta similitud y tienen inmersos los mismos elementos.

3 Modalidades de asociaciones público-privadas

Al hablar de modalidades de las asociaciones público-privadas se abre un abanico de posibilidades, desde las más concretas a las más detalladas, en todo caso la doctrina considera que se deberá demostrar previamente, ya sea por la complejidad del proyecto o por el alcance de la prestación del servicio público, que no es factible aplicar la contratación pública tradicional.

A continuación, citaremos algunas de las modalidades de APP que la doctrina prevé:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado³⁹.

Siguiendo con la temática, José Acerete dentro de su trabajo de investigación presenta la siguiente clasificación:

Consultivas: las entidades públicas reciben asesoramiento para la obtención de *inputs* que nutran de ideas el desarrollo de políticas y programas de actuación públicos y para el diseño, prestación, evaluación y corrección de servicios.

Contributivas: uno de los agentes aporta fondos económicos, con una escasa o nula participación en la fase operativa, liberando recursos para la prestación de otros servicios.

Operativas: los agentes participantes comparten recursos y tareas e intercambian información en la prestación de servicios.

³⁹ Pérez Alegre y García, *Ley de contratos del sector público*. 273

Colaboradoras: fomentan la toma de decisiones conjunta con respecto al desarrollo de políticas, planteamientos estratégicos y diseño, prestación, evaluación y mejora de servicios⁴⁰.

De las modalidades de APPs citadas hasta el momento, se pueden evidenciar que dichas clasificaciones dependen básicamente del tipo de proyecto a ejecutar o por el tipo de participación que tengan las partes. A continuación, analizaremos una clasificación por el tipo de pagos al gestor privado:

Las relativas a proyectos que no generan sus propios ingresos [...], (pagos de usuarios), consistiendo el 100% del ingreso en pagos por servicio, que [...] pueden estar ligados al uso/demanda o la calidad/disponibilidad según los sectores que se trate.

Las relativas a proyectos generadores de ingresos - a nuestros efectos, básicamente, infraestructura de transporte donde se cargue una tarifa al usuario⁴¹.

El autor Javier Robalino enuncia las modalidades de APPs más utilizadas en Europa, de las cuales resalto las siguientes:

Operación y Administración (O&A): Un socio público –ya sea un Estado federal o un gobierno local– contrata con un socio privado para proveer o mantener un servicio específico. Bajo esta modalidad contractual, el socio público mantiene el dominio de la instalación, mientras que la administración depende exclusivamente del socio privado. El sector privado es pagado a partir de una renta fija o en un sistema de premios e incentivos vinculados con el logro de metas preestablecidas. Esta modalidad permite una mejora sustancial en el servicio y la inversión en desarrollo tecnológico porque, como es obvio, el socio privado siempre intentará reducir costos de operación siendo más eficiente.

Diseño y Construcción (D&C): Un socio privado construye y diseña un proyecto para una agencia pública. Este tipo de asociación permite un ahorro sustancial de tiempo, dinero, permitiendo al mismo tiempo localizar una mayor cantidad del riesgo en el sector privado. El socio público es dueño de los activos y es responsable de la operación y el mantenimiento

Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación, Mantenimiento y Transferencia (DCFOMT): En esta forma de contratación, el socio privado se encarga de todas las fases del proyecto y mantiene el dominio del bien hasta la finalización del contrato, momento en el que es transferida al estado. Esta modalidad no es utilizada muy frecuentemente en los Estados Unidos; se considera que entregar todas las fases a un solo contratista desprovee de sentido las asociaciones público-privadas porque no permite la participación de varios actores especializados, sino tan solo el trabajo de una empresa o compañía.

Desarrollo y Financiamiento (D&F): El socio privado financia la construcción o expansión de las instalaciones a cambio de que se le permita construir locales comerciales, y/o instalaciones industriales en el lugar. El contratista privado

⁴⁰ Acerete, “Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas”, 2004. 31

⁴¹ Rebollo Fuente, “Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público –Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general”. 7-8.

contribuye con el capital y, si se pacta, podría incluso operar las instalaciones bajo la tutela del gobierno⁴².

Las modalidades citadas detallan con exactitud cada una de sus formas y el alcance de las mismas, lo que permite identificar que modalidad se sujetaría con mayor precisión a un proyecto determinado, además que servirían de guía al momento de definir la relación que existirá entre las partes y cuáles serían los riesgos a asumir por cada gestor.

Existe una variedad de modalidades de APP, lo que podría generar un conflicto al momento de querer adaptarlas a la normativa para su viabilidad, o a su vez se puede generar limitaciones pues solo se aplicarían las que se encuentren normadas y se podría dejar por fuera opciones más innovadoras y eficientes.

Si bien las modalidades de APP dependerán del ordenamiento jurídico de cada estado, lo cierto es que esta figura conlleva varios beneficios relevantes para el desarrollo de diversos sectores, al respecto citamos algunos de esos beneficios:

Permite promover la coordinación y gestión conjunta de proyectos entre el sector privado y el público.

Fomenta la compatibilización de intereses de los sectores públicos y privados.

Permite la coexistencia de las fortalezas de los sectores público y privado.

Fomenta la sostenibilidad de los proyectos, evitando reacciones extremas a favor o en contra del sector privado o del sector público⁴³.

Ahora bien, todos estos beneficios pueden verse truncados por limitaciones que se presenten, las que generalmente responden a factores externos como los que se cita a continuación:

Falta de voluntad política.

Ausencia de potestad para el desarrollo de la asociación público privada.

Falta de seguridad jurídica.

Rechazo a mecanismos mercantiles de asociación y financiamiento, o con la misma moneda, rechazo a mecanismos públicos de asociación, considerando que una APP requiere la combinación equilibrada del derecho público y del derecho privado⁴⁴.

En nuestro país el incipiente desarrollo de proyectos de asociaciones público-privadas en la última década, responde mayoritariamente a la falta de voluntad política, recordaremos pues que en los últimos diez años se vivió en un modelo

⁴² Robalino Orellana, "Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica". 104.

⁴³ Ibid. 102.

⁴⁴ Ibid. 103.

estatista que no concebía la participación privada en proyectos públicos, al verse robustecido por el alto precio del petróleo; sin embargo, como ya se mencionó este tipo de modelos no son sustentables en el tiempo; tanto es así que con la baja del precio del petróleo el legislador en 2015 expidió la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera. Ley que pese a su vigencia no ha logrado un desarrollo efectivo de proyectos APP, lo que puede deberse a más de lo manifestado a la falta de seguridad jurídica que ha experimentado nuestro país, lo que hace evidente que el sector privado no se sienta atraído a invertir en proyectos públicos.

Siguiendo con el esquema de la presente investigación me permito establecer de forma general las siguientes modalidades de APPs:

- a) El sector privado se encarga del financiamiento, diseño y construcción del proyecto
- b) El sector privado financia, diseña, construye, además se encarga de la operación y mantenimiento del proyecto.
- c) El sector privado alquila un bien público, lo moderniza y explota a su beneficio el bien, tomando en consideración que esta operación está de por medio un servicio público a la comunidad.

Si bien las modalidades enunciadas en esencia son similares a las citadas con anterioridad, se consideró pertinente resumirlas en estos tres grupos, ya que abarcan el abanico de posibilidades de aplicación de las APP.

Ahora bien, como ya se mencionó la concesión es una modalidad de asociación público-privada, por tanto existe mucha similitud entre las dos figuras, no obstante, existe un elemento sustancial que las diferencia, y es la repartición de los riesgos; en la concesión el riesgo recae sobre el sujeto de derecho privado, encargado de la construcción, explotación y mantenimiento de una obra o de la gestión de un servicio público; por su parte, en las asociaciones público-privadas el riesgo se reparte entre el gestor privado y la entidad delegante.

En esta fase de la investigación con una idea más clara de lo que son las asociaciones público-privadas, su desarrollo histórico, sus definiciones, modalidades y beneficios; podemos iniciar el estudio normativo de las APP en el Ecuador, a fin de evidenciar si en efecto la norma nacional limita la correcta aplicación de este instituto jurídico. Concebir a las asociaciones público-privadas como la solución de

financiamiento sin entender todo su contexto es un error garrafal; y, establecer una ley más enfocada a los incentivos tributarios que a la estructuración de la figura jurídica, sus alcances y limitaciones; entorpece su aplicabilidad. Todos estos factores los analizaremos en los siguientes capítulos.

Capítulo Segundo

Limitaciones normativas en la aplicación de las asociaciones público-privadas en el Ecuador

Previo a iniciar el desarrollo del presente capítulo es necesario establecer que es el servicio público, su clasificación, su relación con la figura de las asociaciones público-privadas, y como esta figura sirve de herramienta para alcanzar los fines del estado. De acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española el servicio público es la “Actividad llevada a cabo por la Administración o, bajo un cierto control y regulación de esta, por una organización, especializada o no, y destinada a satisfacer necesidades de la colectividad”⁴⁵, ahora bien, no siempre se concibió al servicio público como en la actualidad, “Hasta fines del siglo XIX, la doctrina del Derecho Administrativo ignoró la teoría del servicio público; y no porque los servicios públicos hubiesen aparecido hasta entonces [...], sino porque la ciencia jurídica no captó antes su existencia para sus lucubraciones abstractas”⁴⁶. A igual que otras teorías, la del servicio público surge a raíz de trabajos de tratadistas franceses.

La teoría del servicio público tuvo gran asidero en los estados de derecho, cuya actividad administrativa propende al respeto de los derechos de sus administrados, a través de un sistema de servicios públicos eficientes enfocados en las necesidades de la colectividad. En el caso de nuestro país, el numeral 25 del artículo 66 de la Constitución de la República, establece que el estado reconoce y garantiza a las personas “El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad (...)”⁴⁷; y no solo de pequeños grupos de poder como sucede en estados totalitarios, en cuyos regímenes el poder del soberano es absoluto; por tanto, “La existencia del Estado obedece a la necesidad de satisfacer en la mejor forma las necesidades del grupo social (individuos) que lo integra”⁴⁸.

⁴⁵España, “Diccionario de la lengua española”, *Real Academia Española*, <http://dle.rae.es/?id=XhXvJqs>.

⁴⁶ José Castro Estrada, “Colección Lecturas Jurídicas”, *La teoría del servicio público en el derecho mexicano.*, Revista de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional Autónoma de México), n° 5 (2002): 12. 3.

⁴⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 66.

⁴⁸ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965). 37

Como ya se mencionó la teoría del servicio público tiene origen francés, al respecto el autor Andry Matilla establece que, “La noción jurídica de servicio público tiene su base originaria en el derecho administrativo francés, desde donde se irradia a otros ordenamientos jurídico-administrativos”⁴⁹, por otra parte el autor señala, “*el servicio público se convertiría para una importante parte de la ciencia iusadministrativa francesa en la piedra angular del derecho administrativo o en el alma y la inspiración del derecho administrativo*”⁵⁰, (énfasis añadido).

Partiendo de lo expuesto el derecho administrativo no solo estudia las múltiples relaciones de la administración pública, sino cómo la administración propende a proteger y garantizar el goce efectivo de los derechos de sus ciudadanos. “El Derecho administrativo no se enfoca hoy como el Derecho del poder o de su organización o de los servicios públicos, sino que se centra en la prosecución del interés general, el cual es realmente operativo si se respetan los derechos fundamentales de las personas en su vida cotidiana”⁵¹; es así como se concibe la actividad de la administración.

Como hemos podido constatar la actividad de la administración se divide por un lado en una actividad jurídica y por otro en una actividad de orden social, es así que:

La actividad jurídica o de policía es la que desarrolla el Estado con carácter necesario para prevenir los daños sociales y asegurar la paz y el orden público [...]. Este tipo de actividad no puede ser ejecutado por la iniciativa privada. En cambio, la actividad social da lugar a un tipo de relación entre Administración y administrado, cuya base suele estar en la libertad de este último. Aquí no aparece el Estado mandando, sino estableciendo y prestando servicios; no hay ningún inconveniente en que esta actividad pueda estar en manos de particulares⁵².

En cuanto a su clasificación los servicios públicos se dividen en servicios públicos propios e impropios, al respecto se establece lo siguiente: “Servicio público propio es el que presta el Estado en forma directa o por concesión. Servicio público impropio o virtual es aquel que tiene de común con el propio la satisfacción, en forma más o menos continua, de necesidades colectivas, pero no es el Estado quien

⁴⁹ Andry Matilla, “Derecho administrativo y servicio público. trazos inconclusos desde una perspectiva histórica”, en *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica* (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008), 709. 386.

⁵⁰ *Ibíd.* 391.

⁵¹ Rotondo, “Derechos fundamentales y derecho administrativo”. 90.

⁵² Fernando Garrido, *Tratado de Derecho Administrativo*, 12^a ed., vol. II (Madrid: Tecnos Grupo Anaya S. A., 2006). 157.

lo presta o lo concede sino que tan solo lo reglamenta”⁵³; ahora bien, dentro de la primera clasificación podemos concluir en otra clasificación que es cuando el servicio público propio es proporcionado de forma directa por el estado e indirecta cuando el estado delega a un tercero la prestación del servicio.

Por otra parte, el autor mexicano Jorge Fernández Ruíz respecto a los servicios públicos determina:

Es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la Administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona⁵⁴.

En relación a la distinción entre servicios públicos propios y los servicios públicos impropios, Jorge Fernández establece además que:

(...) Si tal actividad la reconoce la ley como servicio público y la desempeña directamente la Administración pública o, indirectamente, por medio de particulares en quienes delega su ejecución -por ejemplo, bajo el régimen de concesiones-, estaremos frente a un servicio público en estricto sentido, o sea propiamente dicho”⁵⁵.

De lo expuesto es importante realizar un análisis y extraer los elementos constitutivos del servicio público, sobre este tema el autor Agustín Gordillo establece: “Los tres elementos esenciales de la noción tradicional de servicio público son, según se aprecia: 1º) el fin que el servicio cumple, 2º) la persona que lo atiende, 3º) el régimen que lo regula”⁵⁶, de los citados elementos destaco la necesidad que dicha actividad tenga un régimen que lo regula, en otras palabras, que esté reconocido en la ley; por tanto solo se podrá establecerse como servicio público, las actividades que legalmente se encuentren reguladas, y que su prestación este atribuida al estado.

⁵³ Rita Huilca Cobos, “La concesión de servicios públicos en nuestra legislación”, en *Nuevas Instituciones de la Contratación Pública*, vol. 16 (Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2001), 214. 56

⁵⁴ Mauricio Yanome, “El concepto de servicio público y su régimen jurídico en México”, en *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica* (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008), 709. 698.

⁵⁵ Jorge Fernández, *Derecho administrativo* (México DF: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, la Secretaría de Gobernación, y el Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2016).323. 227

⁵⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 8ª ed., II vols. (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006). VI-42

Para clarificar lo expuesto, el artículo 345 de la Constitución de la República determina a la educación como un servicio público que “se prestará a través de instituciones públicas, fiscomisionales y particulares”⁵⁷, por su parte el artículo 362 determina como servicio público a la atención de salud, mismo que “se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias”⁵⁸. En los casos expuestos, nos encontramos frente a servicios públicos propios, pues por mandato constitucional y de las leyes de cada materia, existe la obligación del estado de proporcionarlos.

En cuanto a los servicios públicos impropios el autor Jorge Fernández instituye lo siguiente: “Empero, cuando dicha actividad no está considerada por la ley como servicio público y, por tanto, puede ser desarrollado directamente por particulares, por no estar atribuida a la Administración pública ni al Estado, estaremos entonces ante un servicio público impropriamente dicho”⁵⁹

En este punto, si bien el análisis normativo se realizará más adelante, es preciso analizar lo establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Incentivos Tributarios para las Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, en el cual se establece que: “Se define por asociación público-privada la modalidad de gestión delegada por la que el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico”⁶⁰; por su parte, el Código Orgánico Administrativo COA en su artículo 69 establece que los órganos administrativos podrán delegar el ejercicio de sus competencias, incluida la gestión, entre otros, a sujetos de derecho privado, conforme leyes de la materia⁶¹.

Por su parte el artículo 74 del COA señala que podrán ser delegados a sujetos de derecho privado servicios públicos y sectores estratégicos, para lo cual deberá declararse la excepcionalidad; y, cuando vayan a delegarse actividades económicas que no correspondan a servicios públicos o sectores estratégicos, es decir, que no se

⁵⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 345.

⁵⁸ *Ibíd.* art. 362.

⁵⁹ Fernández, *Derecho administrativo*. 227.

⁶⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*. art. 8.

⁶¹ Ecuador, “Código Orgánico Administrativo”. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017. art. 69.

encuentren reservadas constitucional o legalmente al Estado, no estará sujeta al criterio de excepcionalidad⁶².

De lo expuesto, al ser las asociaciones público-privadas una modalidad de gestión delegada, y al ser la delegación una figura jurídica mediante la cual los órganos administrativos tienen la facultad de delegar sus competencias, incluida su gestión, estamos hablando entonces que tanto las entidades del gobierno central como las de los gobiernos autónomos descentralizados, podrán delegar bajo la modalidad de asociaciones público-privadas, la gestión de servicios públicos propios, de manera excepcional.

Para sustentar mejor lo enunciado, recordemos que la doctrina establece que los servicios públicos propios son aquellos que se encuentran determinados en la ley, y que su provisión es legalmente atribuible al estado o sus entidades; con base a lo expuesto, al ser los servicios públicos propios aquellos servicios cuya prestación está legalmente atribuida a los órganos administrativos, éstos tienen la facultad de poder ser delegados. Por su parte, los servicios públicos impropios son todos aquellos servicios cuya provisión no es responsabilidad del estado, sino que tan solo los reglamenta, por ejemplo el servicio público de transporte urbano; por lo tanto, al ser servicios cuya obligación de proporcionarlos no la tiene el estado ni sus entidades, podrán ser delegados por los mismos, bajo criterios de eficiencia y eficacia administrativa.

En relación a los servicios públicos propios, el artículo 39 de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, mediante el cual se reformó el segundo inciso del artículo 13 de la Ley APP, faculta al Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, la posibilidad de priorizar y aprobar proyectos en materia de servicios públicos y sectores estratégicos de forma directa, siempre que se cumpla lo dispuesto en el artículo 100 del Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones⁶³.

Con base a lo analizado, en relación al tema de estudio, y como ya se lo dijo, procede la delegación de servicios públicos propios, siempre que se declare de forma

⁶² *Ibíd.* art. 74.

⁶³ Ecuador, *Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*. Registro Oficial 309, Suplemento, 21 de agosto de 2018, art. 39.

obligatoria el carácter de excepcionalidad, al respecto es importante tomar en cuenta que la Constitución de la República en su artículo 315 establece que: el estado podrá constituir empresas públicas tanto para la gestión de sectores estratégicos, como la prestación de servicios públicos; por su parte el artículo 316 determina lo siguiente:

El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley⁶⁴, la negrilla me pertenece.

Con base a lo expuesto, el estado ecuatoriano tiene la facultad de prestar servicios públicos o ejercer actividades en sectores estratégicos directamente a través de empresas públicas; mientras que por delegación se puede permitir la participación de empresas mixtas en la que tenga participación mayoritaria el estado; y, solo de forma excepcional se puede delegar a la iniciativa privada, y a los sectores de la economía popular y solidaria el ejercicio de dichas actividades.

Ahora bien, ¿qué pasa con la responsabilidad del estado cuando el actuar o inhibición de sus delegatarios generan un servicio público deficiente?, para contestar esta interrogante es necesario remitirnos a lo establecido en el número 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, que señala: “El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos (...)”⁶⁵; si bien este artículo constituye una garantía para los administrados, pues sin importar que el servicio público propio sea proporcionado de forma directa o indirecta, siempre existirá un responsable que deba subsanar el hecho, pero ¿qué pasa con la responsabilidad del estado?.

En mi opinión, aun cuando el hecho dañoso haya sido causado por un tercero delegatario, el estado sigue teniendo responsabilidad sobre ese hecho, toda vez que el estado conserva la rectoría de dichos servicios, con lo que se concluye que, en la

⁶⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 316.

⁶⁵ *Ibíd.* segundo inciso del numeral 9, artículo 11.

prestación de servicios públicos propios, aun cuando sean proporcionados en forma indirecta, la responsabilidad del estado se mantiene y se extiende a sus delegatarios; sin perjuicio de las indemnidades que puede prever para sí el estado.

Como se mencionó inicialmente la actividad social del estado, manifestada mediante la prestación de servicios públicos en beneficio de los administrados, compromete el actuar de la administración pública a observar los principios fundamentales del derecho administrativo, es así que; “En Francia se consagra la primera constitución revolucionaria en 1791, en la cual se señala, entre otras cosas, el sometimiento de la actividad administrativa a la ley, y surge el principio de legalidad como piedra angular o norte del Derecho público en general y, en especial, del Derecho administrativo”⁶⁶.

El principio de legalidad nos remite al cumplimiento y respeto de la Ley, que no es otra cosa que la voluntad del pueblo; “el estado al desplegar su actividad afecta los bienes y derechos del subordinado cuando se impone en el ejercicio del poder”⁶⁷, de aquí la importancia del principio de legalidad pues constituye una protección al administrado. En un estado de derecho es el pueblo soberano quien confiere parte de su soberanía al poder legislativo, para que, en su nombre se emitan las leyes que regirán y limitarán el actuar y desenvolvimiento de toda la comunidad.

De acuerdo a lo planteado sobre el principio de legalidad, Karla Pérez Portilla acogiendo lo establecido por Guastini sintetiza tres principios que engloban al principio de legalidad, que son: principio de preferencia de la ley, principio de legalidad en sentido formal y principio de legalidad en sentido sustancial. Sobre estos tres principios determina que: “1. Es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley [...]. 2. Es inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley [...]. 3. Es inválida (constitucionalmente ilegítima) toda ley que confiera un poder sin regularlo completamente”⁶⁸; de lo citado se resalta el numeral 3 pues tiene relación directa con el presente trabajo de investigación, que trata sobre las limitaciones normativas de las asociaciones público-privadas en nuestro país.

⁶⁶ Enrique Rojas, «El debido procedimiento administrativo», *Revista Derecho PUCP*, n.º 67 (2011): 188. 178.

⁶⁷ Roberto Islas, «Sobre el principio de legalidad», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n.º 1510 (2009): 108. 98.

⁶⁸ Pérez, “Igualdad ante la ley”. 58.

Al respecto, es importante analizar si la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público - Privadas y la Inversión Extranjera, emitida en diciembre de 2015, regula de forma completa la figura de las asociaciones público-privadas, lamentablemente nos percatamos que dista mucho de configurar lo que verdaderamente son las asociaciones público-privadas, por ende no estructura de forma adecuada esta figura y se limita al establecimiento de incentivos tributarios; dejando de lado temas importantes como la fijación de precios referenciales mínimos, plazos de ejecución, el establecimiento de las ventajas de esta figura frente a otras convencionales; y, en general los diferentes aspectos básicos constitutivos de estos contratos, pero sobre todo no tiene referencia alguna al o los procedimientos de contratación en sí mismo que se debe seguir para el efecto.

Sobre lo expuesto la autora Inés María Baldeón, en su trabajo de investigación titulado “Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano”, de forma acertada realiza algunas acotaciones que se debería tomar en cuenta para la regulación de la figura de las asociaciones público-privadas, entre las cuales señala lo siguiente: “las diversas modalidades de APP requieren de una sólida certidumbre jurídica porque son generalmente proyectos a largo plazo en los que se cumplen responsabilidades, tareas y compromisos financieros”⁶⁹, además la autora se refiere a los costos importantes que conlleva la ejecución de una APP, por tanto señala que deberían ser proyectos por montos de al menos 20 millones de dólares.

Otro tema que es abordado de forma superficial en la Ley pero que connota una importancia relevante es la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que debe respetarse de forma transversal durante toda la ejecución del proyecto.

Por lo expuesto bien podría decirse que al no configurar el verdadero sentido de lo que son las asociaciones público-privadas, ni estructurar de forma concreta, estableciendo sus requisitos y procedimientos, la Ley en referencia podría estar violentando el principio de legalidad, según lo analizado por Karla Pérez referente a la invalidez de una ley que confiera una potestad sin regularlo completamente; lo que tiene relación directa con el principio de seguridad jurídica pues al no ser clara una ley puede vulnerar derechos de las partes y en especial de los ciudadanos.

⁶⁹ Baldeón, “Las Asociaciones Público Privadas (APP) en el Marco Jurídico Ecuatoriano”.
118.

Para continuar con el análisis de las limitaciones normativas en la aplicación de las asociaciones público-privadas en nuestro país, es necesario remontarnos a los años 90, específicamente al 31 de diciembre de 1993, fecha en la que se expidió la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Si bien es de conocimiento público que la citada Ley fue derogada de acuerdo a lo establecido en la segunda disposición derogatoria del Código Orgánico Administrativo, es de relevada importancia su análisis dado que en este cuerpo normativo se incluye la figura jurídica de la concesión; y, como ya lo analizamos en el primer capítulo la concesión es una de las modalidades de asociación público-privada; por lo cual a continuación realizaremos un breve análisis histórico sobre la concesión en nuestro país.

1 Dimensión histórica de las asociaciones público-privadas en el Ecuador

La crisis económica de los años 80 en Latinoamérica denominada como la *década perdida*, sumergió en la pobreza a varios países de la región y Ecuador no fue la excepción; la caída del precio del petróleo y los elevados intereses de la deuda externa⁷⁰, contribuyeron a que la economía se retrotraiga produciendo varios desequilibrios como altos índices inflacionarios.

Los costos sociales de la “*década perdida*” fueron cuantiosos. De acuerdo con las estimaciones de la CEPAL, la incidencia de la pobreza aumentó marcadamente entre 1980 y 1990, del 40,5% al 48,3% de la población. América Latina solo retornaría a los niveles de pobreza de 1980 en 2004, por lo cual en este campo hubo no una *década*, sino un cuarto de siglo perdido⁷¹.

Si bien nuestro país desde su origen como república inició con deuda que fue contraída para financiar las guerras independentistas, “La etapa de fácil endeudamiento comenzó a cerrarse hacia fines de los años 70 y tuvo su momento más crítico a inicios de los 80, cuando explotó la burbuja financiera y se derrumbaron los precios

⁷⁰ En relación a las altas tasas de interés de la deuda externa, Marco Naranjo Chiriboga en su investigación titulada, *Dos décadas perdidas: los ochenta y los noventa*, señala: “Entre las condiciones externas está el exceso de liquidez de los países desarrollados, especialmente de los Estados Unidos, que a inicios de los años setenta, debido a un ciclo recesivo caracterizado por una falta de demanda de fondos en su propio mercado para inversión, los exportó hacia Latinoamérica”.

⁷¹ José Antonio Ocampo et al., *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica* (Santiago de Chile: CEPAL Naciones Unidas, 2014), http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36761/S20131019_es.pdf. 44.

de la mayor parte de las exportaciones originadas en el Tercer Mundo”⁷². Según lo establecido por el autor Alberto Acosta, las políticas monetarias adoptadas por Estados Unidos para cubrir su déficit, provocado por la compra excesiva de armas, produjo en el mercado internacional un alza considerable de las tasas de interés, obligando a los países endeudados a destinar una gran cantidad de recursos para mantener deuda⁷³; estas condiciones externas coadyuvaron a la crisis económica en el Ecuador.

En los años 70 con el inicio de la explotación y comercialización del petróleo, “Este fenómeno impulsó la construcción de las principales carreteras del país. Algunos de los símbolos de la época son la Panamericana y la Quito-Alóag-Santo Domingo-Guayaquil”⁷⁴; la modernización que vivó el país en los años 70, paradójicamente representó el endeudamiento más agresivo. Sin embargo, la nueva red vial pasó de ser un medio para las comunicaciones a ser el medio que intercomunicó mercados.

La década de los 90 inició envuelta en una economía contraída, con altos niveles de inflación, servicios públicos deficientes y pese a los avances de la época, con falencias en infraestructuras viales, todo esto contribuía a que miles de ecuatorianos vivieran en precarias condiciones; el destinar una gran cantidad de recursos públicos al mantenimiento de la deuda externa, limitaba el desarrollo de proyectos de inversión, que afectaba a las clases más necesitadas. Como lo revisamos en el primer capítulo la falta de infraestructuras viales incrementan los niveles de pobreza, restringen la libre movilidad y el intercambio comercial de productos, lo que evidentemente limitaba el desarrollo económico del país.

El no contar con un modelo económico estable y el alto grado de endeudamiento que afectaba a todas las clases sociales, en especial a las más necesitadas, requería de una medida urgente; es así que en el gobierno de Sixto Durán Ballén, como medida paliativa a la dura situación económica, se decide iniciar un proceso de privatizaciones y concesiones de servicios públicos, con esta medida el gobierno buscaba atenuar las cargas económicas que afectaban al Presupuesto

⁷² Alberto Acosta Espinoza et al., *Léxico Político Ecuatoriano* (Quito: Instituto Latinoamericano de investigaciones sociales ILDIS, 1994), <http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/51376.pdf>. 142.

⁷³ *Ibíd.* 142.

⁷⁴ Fredi Paredes Vásquez, *Los caminos en el Ecuador, historia y desarrollo de la vialidad* (Quito: Anaconda Comunicación SIM, 2009). 312. 303.

General del Estado y dinamizar al sector privado. Es así que el 31 de diciembre de 1993 se expide la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

La letra c artículo 1 de la Ley *ibídem* señalaba que el objeto de la misma era regular “La prestación de servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa privada mediante la desmonopolización, la libre competencia y la delegación de los servicios o actividades previstos en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la República”⁷⁵, a su vez el Capítulo V, artículo 41 establecía:

El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar. *La participación de las empresas mixtas o privadas se hará mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual "o administrativa" de acuerdo con la ley*⁷⁶; (énfasis añadido).

Los artículos 42 y 43 de la referida Ley establecían los procedimientos y modalidades de los procesos de desmonopolización, privatización y delegación, en lo que respecta al tema de investigación señalaba que la delegación al sector privado podía ser total o parcial mediante un proceso de concesión.

Es importante acotar que la Ley de Modernización del Estado fue expedida bajo la figura de un estado centralizado cuya Constitución Política de la República, codificación 1993, en relación al presente tema de investigación en su artículo 46 establecía, “El Estado, excepcionalmente, podrá delegar a la iniciativa privada, el ejercicio de cualesquiera de las actividades antes mencionadas, en los casos que la Ley establezca”⁷⁷. Al respecto el autor Javier Robalino estableció que la emisión de la ley en mención y el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, “sin duda marcaron un hito en el Derecho Administrativo del Ecuador, permiten colegir que la inclusión del carácter descentralizado del Estado en la constitución actual obedece a una anterior evolución del Derecho Administrativo que

⁷⁵ Ecuador, *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada*, Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993, art. 1.

⁷⁶ *Ibíd.* art. 41.

⁷⁷ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 183, 05 de mayo de 1993, art. 46.

fue recogida ex-post por la norma constitucional”⁷⁸. Sin embargo, el modelo de privatizaciones dio paso a un sistema neoliberal, duramente criticado por su desvinculación social con los sectores menos atendidos, generando más pobreza y miseria.

Con la Constitución de 2008 al igual que las Constituciones de 1993 y 1998, la estructura del estado sigue siendo estatista, pese a establecerse como una administración descentralizada, pues se sigue reservando al estado los derechos de administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos; y, solo de forma excepcional delega a la iniciativa privada y a los actores de la economía popular y solidaria el ejercicio de estas atribuciones.

Mediante Registro Oficial 351 de 29 de diciembre de 2010 se expidió el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; en la presidencia de Rafael Correa Delgado, quien bajo el llamado “Socialismo del siglo XXI”, llevó al país a un sistema de estatización de los servicios públicos, sistema que demostró, en mi criterio, no ser sustentable en el tiempo. Sobre este tema, históricamente hemos visto cómo los modelos socialistas en el mundo han fracasado por no abrir sus puertas al comercio global, manejar un alto grado de intervencionismo en todas las funciones del estado, trabajar con una planificación totalmente centralizada, creando pesadas estructuras burocráticas. Nuestro país en la década iniciada en el 2007 es una evidencia tangible de que este tipo de sistemas solo funcionan si existen los recursos económicos suficientes para sostener un aparato estatal de esa índole. Sin embargo, contradictorio al sistema impuesto, el artículo 100 del Código *ibídem* establece que cuando el Estado no tenga la capacidad técnica o económica podrá delegarse a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de servicios públicos⁷⁹. Demostrándose así que la participación del sector privado es importante para el desarrollo del país.

⁷⁸ Javier Robalino ed., “El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador”, en *Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo* (Quito: Colegio de Jurisprudencia USFQ, 2006), 300. 195.

⁷⁹ Artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones: En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la república cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

La caída del precio del petróleo es un indicador de relevada importancia en países como el nuestro que basan su economía en este recurso no renovable, el apogeo económico gracias a los altos precios del petróleo que vivió nuestro país durante el período 2006 – 2015, permitió que el modelo estatista se robustezca, cubriendo con afectación directa al Presupuesto General del Estado el desarrollo de importantes proyectos; de acuerdo a datos obtenidos del Banco Central del Ecuador el precio promedio de barril de petróleo varió de \$84.16 en 2014 a \$41.88 en 2015 y a \$34.96 en 2016⁸⁰, evidentemente la caída del precio del barril de petróleo generó una desaceleración de la economía y una situación económica crítica, de acuerdo a lo manifestado por el actual Presidente de la República el licenciado Lenin Moreno, que en cadena nacional de 28 de julio de 2017 estableció que la situación económica compleja, requiere establecer medidas de austeridad del gasto público⁸¹.

Como ya se mencionó los modelos estatistas centralizados funcionan mientras existen los recursos económicos que lo financien; en este punto, es importante acotar que la decisión política tomada por los gobiernos de turno tanto en la década de los 90 cómo la que se suscitó el 18 de diciembre de 2015, con la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera; responden a la búsqueda de la inversión privada como mecanismo para cubrir la crisis económica.

De lo analizado podríamos precisar que las crisis de las fechas citadas, constituyen hitos que permitieron en nuestro país la apertura a la participación privada; pese a los avances y desarrollo de las últimas décadas, en el 2015 como hace aproximadamente 22 años, en mi criterio se tomó la misma medida como un paraguas para afrontar la tormenta y no como una herramienta dinamizadora de desarrollo.

Retomando el estudio de los antecedentes normativos de las asociaciones público-privadas en el Ecuador; y, con base a la normativa citada, es preciso mencionar que se emitieron algunos decretos regulando la figura de la concesión, así tenemos que el 19 de julio de 2011 mediante Decreto Ejecutivo 810, se emitió el Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de

⁸⁰Ecuador Banco Central, “Reporte del Sector Petróleo”, IV Trimestre de 2016. <https://contenido.bce.fin.ec/documentos/Estadisticas/Hidrocarburos/ASP201612.pdf>, 14.

⁸¹Lenin Moreno, “La situación es crítica”, *El Universo*, 28 de julio de 2017. <http://www.eluniverso.com/noticias/2017/07/28/nota/6302644/situacion-es-critica-asegura-lenin-moreno-presentar-diagnostico>.

Transporte, y se derogó el título tercero de la “Delegación al Sector Privado” del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado; y, se expidió el Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte⁸².

Una de las instituciones que viabiliza proyectos viales mediante la figura de concesión, es el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, cartera de Estado que al emitir el Acuerdo Ministerial No. 059-DM de 29 de junio de 2013, acordó y oficializó la actualización y reforma de la Política Nacional de Concesiones Viales.

Una vez realizado un breve análisis del antecedente normativo, llegamos a la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público - Privadas y al Inversión Extranjera de diciembre de 2015 (en adelante Ley APP) y el Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público - Privadas y la Inversión Extranjera, emitido mediante Decreto Ejecutivo No. 1040⁸³.

Con la finalidad de evidenciar en la práctica la aplicación de la normativa citada se revisó la página web del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTOPE), en la cual existe un link mediante el cual se accede a los proyectos de asociaciones público-privadas contratados por dicha entidad, dentro de las opciones de proyectos con contratos suscritos encontramos al proyecto ruta Río Siete-Huaquillas⁸⁴.

Haciendo alusión al principio de publicidad, si bien existe información en la página web de la institución, el proceso no cuenta con una plataforma que permita la interoperabilidad y conexión en línea con los oferentes interesados, que a la vez permita un control oportuno de los entes competentes, así como de la comunidad; pues se trata solo de publicaciones posteriores de actos ya ejecutados. Por otra parte, si bien el proyecto ruta Río Siete-Huaquillas consta dentro de la opción de proyectos viales con contratos suscritos, no se encuentra publicado el contrato.

De los documentos revisados sobre el proyecto vial ruta Río Siete-Huaquillas, podemos evidenciar que se trata de un proceso de concesión que se estableció con base a lo determinado tanto en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (en adelante Ley de modernización del Estado), como del Reglamento de Aplicación del Régimen

⁸² Ecuador, *Decreto Ejecutivo 810*, Registró Oficial 494, 19 de julio de 2011. derogatoria primera.

⁸³ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1040*, Registró Oficial 786, 29 de junio 2016.

⁸⁴ Ecuador Ministerio de Transporte y Obras Públicas, “Proyectos de Asociación Público Privada”, 30 de agosto de 2018. <http://www.obraspublicas.gob.ec/concesion-rio-7-huaquillas/>.

Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte; que bien puede llamarse un proceso de asociación público-privada, pues como se ha mencionado en el desarrollo del presente trabajo de investigación, la concesión es una modalidad de asociación público-privada.

Continuando con la revisión ahora de proyectos en fase de concurso (concurso público internacional), se revisó el proyecto de mantenimiento vial Chongón - Santa Elena - Playas de 2017⁸⁵, en cuya resolución de inicio de 15 de febrero de 2017, se evidencia que dentro de sus considerandos no se hace referencia a la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público - Privadas y la Inversión Extranjera; en cuanto al pliego, si bien en la Sección I se cita a la Ley en mención, la estructura y contenido no difiere en su fondo con el pliego del proyecto ruta Río Siete-Huaquillas, tanto es así que en el borrador del contrato no se hace mención a la Ley *ibídem*. De los procesos revisados podemos concluir que la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera de 2015, no ha generado, en mi criterio, un cambio que fortalezca la cooperación de los sectores público-privado, pues la entidad sigue dentro de la estructura de concesiones establecida hace 25 años.

2 Análisis de la normativa vigente en relación a las asociaciones público privadas en el Ecuador

2.1 Análisis Constitucional

Es importante iniciar el presente acápite realizando un *análisis constitucional* y partiremos del Título VI *Régimen de Desarrollo*, Capítulo Cuarto *Soberanía Económica*, artículo 288 que establece, “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas”⁸⁶; partiendo que las asociaciones público-privadas son un mecanismo no tradicional de contratación pública, mediante el cual se puede delegar la

⁸⁵Ibid.<http://www.obraspublicas.gob.ec/rehabilitacion-construccion-de-obras-complementarias-mantenimiento-rutinario-y-periodico-explotacion-y-operacion-del-sistema-vial-chongon-santa-elena-playas/>.

⁸⁶ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*. art. 288.

prestación de servicios públicos como lo señalamos al inicio del presente capítulo, el establecer que se priorizarán los productos y servicios nacionales, tiene injerencia directa al momento de establecer un proyecto de asociación público-privada, pues podría limitar la inversión extranjera.

Sobre lo enunciado es importante recordar que en diciembre de 2016 el Ecuador ratificó el Acuerdo Comercial Multipartes en cuyo título VI sobre Contratación Pública, en el quinto inciso del artículo 172 *Definiciones*, contempla al contrato de construcción –operación-transferencia y contrato de concesión de obras públicas; a su vez el artículo 175 *Principios generales*, en la letra *b* del numeral 1 determina que cada país signatario Andino otorgarán a las mercancías, servicios y proveedores de la parte UE, un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propias mercancías, servicios y proveedores. Dentro del mismo artículo en los literales *a* y *b* del numeral 2 señalan que, las partes y sus entidades contratantes no deberán dar un trato menos favorable a un proveedor en razón de su grado de afiliación o propiedad extranjera; o, discriminar a un proveedor en razón de que las mercancías o servicios ofrecidos sean de otra parte⁸⁷.

Al respecto el doctor Juan Aguirre en su trabajo titulado “Contratación pública ecuatoriana en el acuerdo comercial con la Unión Europea”, señala “Por el principio de trato nacional los bienes y servicios extranjeros deben tener las mismas condiciones de participación que los producidos o prestados por proveedores nacionales, aplica entonces la ficción jurídica de que estos son nacionales”⁸⁸, bajo el mismo principio y ficción jurídica- en relación al número 2 literales *a* y *b* del artículo 175 del Acuerdo Comercial Multipartes- el autor señala que los proveedores de la Unión Europea deben también ser considerados como nacionales. Esta perfecta interpretación jurídica realizada por el doctor Aguirre permitió que el acuerdo sea compatible con la Constitución de la República del Ecuador.

No podemos dejar de lado el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que dictaminó que las normas contenidas en el Protocolo de adhesión del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, son compatibles con la

⁸⁷ Ecuador, *Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra y anexos*, Registro Oficial 808, Edición Especial, 23 de diciembre de 2016, art. 172, 175.

⁸⁸ Juan Aguirre, “Contratación pública ecuatoriana en el acuerdo comercial con la Unión Europea”, *Revista de Derecho Foro* (Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional), n° 25 (primer semestre de 2016): 148. 35.

Constitución de la República del Ecuador, por lo tanto la Corte expidió dictamen favorable para la aprobación del protocolo en mención⁸⁹. De lo analizado fácilmente se deduce en la obligatoriedad por parte de Ecuador, de apertura a la inversión y propuestas extranjeras de la Unión Europea, en la configuración de proyectos de asociaciones público-privadas.

Siguiendo con el análisis constitucional abordaremos el Capítulo Quinto del Título VI, sobre *Sectores estratégico, servicios y empresas públicas*, puntualmente los artículos 313, 314, 315 y 316; en esta línea el artículo 313 determina que el “Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos”⁹⁰, establece además, que se consideran sectores estratégicos; por su parte el artículo 314 determina la responsabilidad del estado en la provisión de servicios públicos; el artículo 315 faculta al estado a constituir empresas públicas que se encarguen de la gestión de sectores estratégicos; el artículo 316 establece que el estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria; y, solo de forma excepcional podrá delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades.

Sobre los artículos en mención la Corte Constitucional para el Período de Transición, dentro de la sentencia N° 001-12-SIC-CC, en relación al pedido de interpretación de los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, interpuesto por el señor economista Rafael Correa, ex Presidente Constitucional de la República; emitió la siguiente decisión:

- 1) Las empresas públicas únicamente tendrán competencias que se les haya sido conferidas dentro de los sectores estratégicos y/o prestación de servicios públicos, sin que se les esté permitido delegar a la iniciativa privada la gestión de las competencias otorgadas⁹¹.

⁸⁹ Ecuador Corte Constitucional, *Dictamen No. 009-16-DTI-CC*, Registro Oficial 900, Suplemento, 12 de diciembre de 2016, dictamen 2.

⁹⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. art. 313.

⁹¹ Ecuador Corte Constitucional para el período de transición, "Sentencia No. 001-12-SIC-CC", Caso N° 0008-10-IC, 12.

2) Solo el Estado Central a través de las autoridades de control y regulación competentes, podrá autorizar a las empresas públicas la gestión de sectores estratégicos y/o servicios públicos⁹².

3) Este parámetro conlleva gran relevancia pues se interpreta que el estado central a través de las autoridades de control y regulación competentes de la administración pública, podrán delegar solo de manera excepcional a la iniciativa privada o economía popular solidaria, la gestión de sectores estratégicos y/o la prestación de servicios públicos⁹³.

4) Para que la iniciativa privada y la economía popular solidaria, puedan gestionar sectores estratégicos o prestar servicios públicos, deberán ceñirse a la Ley correspondiente y a lo regulado por las autoridades competentes de la administración pública⁹⁴.

5) Finaliza la Corte Constitucional para el período de transición, señalando que la causa en mención tiene carácter normativo, vinculante y que rige para futuro⁹⁵.

Del análisis constitucional realizado podemos concluir que, si bien existen limitantes para la configuración de proyectos de asociaciones público-privadas, dada la configuración de un modelo estatista que responde a una ideología política; que desde mi punto de vista está marcada de tintes socialistas, que buscan empoderar y robustecer al estado en todos los sectores, volviéndolo inmanejable e insostenible, es un sistema que no considera de inicio la participación privada como un mecanismo de desarrollo.

Con base a lo expuesto considero no se requiere precisamente de una reforma constitucional, sino dar un enfoque diferente tanto a la aplicación como al alcance de la figura. La idea como se ha venido mencionando, es que la figura de APP fortalezca el desarrollo económico del país y al mismo tiempo permita al estado cubrir la parte social con la atención de servicios públicos eficientes, que permita el goce efectivo de los derechos consagrados en la Constitución de la República.

2.2 Análisis Normativo

⁹² Ecuador Corte Constitucional para el período de transición, "Sentencia No. 001-12-SIC-CC", Caso N° 0008-10-IC, 12.

⁹³ Ecuador Corte Constitucional para el período de transición, "Sentencia No. 001-12-SIC-CC", 12.

⁹⁴ *Ibíd.* 13.

⁹⁵ *Ibíd.* 13.

En este punto es importante revisar algunos decretos ejecutivos mediante los cuales se han emitido, reformado, suprimido y derogado, normativa y disposiciones en relación a la figura de las asociaciones público-privadas en el Ecuador, que es significativo tomemos en cuenta.

El 19 de abril de 2016 mediante Decreto Ejecutivo 973, se emitieron reformas reglamentarias en materia tributaria para la aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera⁹⁶. El 23 de mayo de 2016 mediante Decreto Ejecutivo 1006, se derogó el Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada y sus posteriores reformas, con excepción de las disposiciones contenidas en el Capítulo innumerado a continuación del artículo 24, denominado "De la eficiencia de los procedimientos administrativos relacionados con el acceso a la vivienda", constante en Decreto Ejecutivo 2328⁹⁷.

Por otra parte, a través del Decreto Ejecutivo 1121 de 18 de julio de 2016, se suprimió entre otras la Secretaría Técnica del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, pasando sus atribuciones y competencias al ministerio coordinador respectivo, que para esa fecha era el ministerio coordinador de la producción, empleo y competitividad⁹⁸; no obstante mediante Decreto Ejecutivo 7 de 24 de mayo de 2017, se suprimieron los ministerios coordinadores de la producción, empleo y competitividad; de sectores estratégicos, de seguridad y, del conocimiento y talento humano; la coordinación de dichos ministerios serían asumidas por el consejero de gobierno o el ministro que designe el Presidente de la República; además se fusionó el Ministerio de Coordinación de Política Económica con el Ministerio de Finanzas, modificando su denominación a Ministerio de Economía y Finanzas. Finalmente en relación al tema, se estableció que las atribuciones, representaciones y delegaciones que correspondían a los ministerios coordinadores serían asignadas por el Presidente de la República⁹⁹.

⁹⁶ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 973*. Registro Oficial 736, Suplemento, 19 de abril de 2016.

⁹⁷ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1006*. Registro Oficial 760, Suplemento, 23 de mayo de 2016, art. 1.

⁹⁸ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1121*. Registro Oficial 835, Suplemento, 7 de septiembre de 2016, art. 2.

⁹⁹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 7*. Registro Oficial 16, Segundo Suplemento, 16 de junio de 2017, art. 1, 4 y 5.

El 6 de julio de 2017 mediante Decreto Ejecutivo 64, se dispone se asuma la representación y funciones atribuidas a la máxima autoridad de la entidad coordinadora de la producción, empleo y competitividad; y, de la entidad coordinadora de la política económica, establecidos en los numerales 5.1 y 5.2 del artículo 5 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, la del Presidente de la República o su delegado y, al titular del Ministerio de Economía y Finanzas, respectivamente¹⁰⁰.

Con base a las disposiciones de los Decretos Ejecutivos 7 y 64, se expidió el Decreto Ejecutivo 186, mediante el cual el Presidente de la República designó como su delegado al titular del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, para presidir el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, en todos los procesos relacionados con infraestructura y gestión del transporte, a su vez, dispuso que el titular de dicha cartera de estado lleve un registro de los procesos a su cargo, con sus respectivos expedientes de respaldo, y realice el seguimiento permanente de los proyectos¹⁰¹.

2.2.1 Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera

Iniciaremos el análisis normativo con la Ley APP, publicada el 18 de diciembre de 2015, en cuyo cuerpo normativo de sus 30 artículos, hasta el artículo 21 determina de forma general lo que son las APP señalando cual es el objeto, ámbito, principios, lineamientos, estructura institucional, financiamiento productivo, resolución de controversias, procesos y procedimientos; en adelante la ley aborda las Disposiciones Reformatorias a varios cuerpos normativos como: el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ley Orgánica de Empresas Públicas, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Ley de Minería, Ley Orgánica de Salud, Ley Orgánica de Remisión de Intereses, Multas y Recargos, Código Orgánico Monetario y Financiero; y, la Ley Orgánica de Comunicación.

¹⁰⁰ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 64* (Registro Oficial 36, Segundo Suplemento, 14 de julio de 2017, art. 9.

¹⁰¹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 186*. Registro Oficial 109, Segundo Suplemento, 27 de octubre de 2017, art. 1 y 2.

El artículo 1 establece que el objeto de la Ley APP, es el establecimiento de incentivos tributarios para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de asociaciones público-privadas, no obstante, las asociaciones público-privadas “van mucho más allá de la mera relación entre el sector público y privado, en la medida en que implican no sólo una relación sino una colaboración con la finalidad de lograr un máximo bienestar social”¹⁰²; en este punto es importante recordar que el objetivo principal de esta modalidad de contratación, es la provisión de servicios públicos de interés general de manera eficaz y eficiente, mediante un reparto adecuado de riesgos entre el sector público y el privado, relación en la cual el sector privado se configura como un socio estratégico.

En relación al interés general, el artículo 13 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, establece lo siguiente:

Serán objeto de los contratos de gestión delegada, **los proyectos públicos desarrollados en los sectores de interés general**. Estos, para efectos de la aplicación de esta Ley, serán aquellos bienes, obras o servicios provistos por el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados, determinados en las leyes o por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, tales como infraestructura, desarrollo urbano, proyectos inmobiliarios y aquellos vinculados con vialidad e infraestructuras portuarias y aeroportuaria¹⁰³. La negrilla me pertenece.

De acuerdo a la normativa citada, las asociaciones público-privadas serán los contratos de gestión delegada desarrollados en sectores de interés general, sin embargo, la Ley no determina cuáles serán dichos sectores de interés general. Por su parte el artículo 14 de la ley en mención, enlista varias obras como tipos de proyectos públicos, enfatizando que serán para la provisión de servicios de interés general; en este caso, al igual que el artículo anterior, la ley no señala cuáles son los servicios de interés general.

Al respecto el autor Jaime Rodríguez Arana establece que el sentido de dicha figura tiene dos aproximaciones, “la versión utilitaria del Estado liberal, y la versión republicana, surgida de la revolución francesa”¹⁰⁴, en cuanto a la primera aproximación el interés general es concebido como la suma de intereses individuales

¹⁰² Vassallo e Izquierdo de Bartolomé, *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. 105.

¹⁰³ Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*. Art. 13.

¹⁰⁴ Jaime Rodríguez, “El interés general en el derecho administrativo: notas introductorias”, *Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo* 11 (2012): 70–93. 71.

que surgen de las relaciones entre agentes económicos que requieren medidas regulatorias; por su parte, la perspectiva de interés general de filiación francesa, establece que es la voluntad general que confiere al estado la labor de atender los intereses de cada uno de los ciudadanos¹⁰⁵. El autor además señala que el interés general sería la condición de legalidad de la intervención pública, sin embargo, para saber si dicha intervención es realizada adecuadamente en pro de dicho interés general, es necesario conste en el ordenamiento jurídico, de lo contrario se corre peligro que su uso responda solo a la dominación política¹⁰⁶.

De la doctrina revisada, si bien no se define concretamente lo que es el interés general, varios autores concuerda en decir que no es la suma aritmética de intereses particulares, ni el interés de la mayoría, dado que el alcance que quiere lograr el interés general va mucho más allá; al respecto, el autor Pablo Acosta señala que: “La satisfacción del interés general sirve por tanto como criterio orientador de las políticas públicas pero también como límite de las decisiones que adoptan los gestores de lo público. Aquellas que resulten contrarias o lesivas a los intereses generales serán también contrarias al ordenamiento jurídico”¹⁰⁷. El hecho que en nuestro país no se encuentre definido claramente qué es el interés general, crea una razonable incertidumbre, pues vuelve subjetiva su concepción y aplicación.

Volviendo al análisis del alcance de las asociaciones público-privadas, el numeral 1 del artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador establece como un deber primordial del estado, “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”¹⁰⁸, si bien es una garantía importantísima que poseemos, no es menos cierto que el estado requiere de recursos para cubrir las necesidades existentes y poder cumplir con el mandato constitucional en mención; sin embargo, la realidad presupuestaria no es la mejor, y en el caso de nuestro país cuya economía se basa en las exportaciones petroleras, que no cuenta con un sistema productivo fortalecido y cuya inversión privada es mínima, nos tiene inmersos en una compleja situación económica.

¹⁰⁵ *Ibíd.* 71-72.

¹⁰⁶ *Ibíd.* 78.

¹⁰⁷ Pablo Acosta, “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”, *Administración al día*, 2016.

¹⁰⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*. art. 3.

Ahora bien, no podemos ver a la figura de las asociaciones público-privadas como el escape a la crisis económica, pues es importante reconocer que el sector privado tiene una notable capacidad y experiencia en el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura y de servicios; y, ese es el factor que lo convierte en un potencial socio para el desarrollo de proyectos públicos.

El impacto de las asociaciones público-privadas en el ámbito económico de los estados, influye además en forma positiva en temas como el déficit presupuestario y la deuda pública, por ende, el objetivo de esta figura va más allá de la aplicación de incentivos tributarios, al respecto la autora colombiana María Mónica Hernández establece lo siguiente:

En este contexto, las APP son entendidas como iniciativas de colaboración voluntaria entre diversos actores del sector público (Estado) y del sector privado (no estatal), en las que las partes acuerdan trabajar juntas para lograr un propósito común o emprender tareas específicas.

Así las cosas, las asociaciones pueden tener diferentes objetivos, como hacer avanzar una causa, aplicar normas o códigos de conducta o intercambiar y coordinar recursos y conocimientos técnicos. Pueden consistir en la realización de una actividad específica, convertirse en un conjunto de acciones o incluso en una alianza duradera, contribuyendo a alcanzar el consenso y la responsabilidad de cada organización participante y las partes interesadas¹⁰⁹.

En este sentido, si bien no existe una única definición de lo que una asociación pública-privada, es importante establecer que es un mecanismo de contratación pública, “cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. Así se señala en el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004”¹¹⁰.

Otro tema de gran preocupación en la aplicación de la figura de APP, es el respeto y aplicación del principio de seguridad jurídica, que si bien de forma general es abordado en el artículo 15 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, se debe entender es un principio fundamental en la aplicación de dicha figura, pues de él dependerá la viabilidad del proyecto, es así que:

¹⁰⁹ Hernández María Mónica, *Asociaciones público privadas: Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2014).8.

¹¹⁰ Pérez Virginia y García Javier, *Ley de Contratos del Sector Público* (Madrid: DYKINSON, S.L., 2011), 271.

La seguridad jurídica constituye un valor esencial o exigencia fundamental del derecho que se expresa como principio fundamental o básico del ordenamiento (...), se manifiesta en un conjunto de varios principios, como son, entre otros, los de legalidad, jerarquía normativa, publicidad e irretroactividad de las normas y responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos¹¹¹.

De lo expuesto se deduce que el principio de seguridad jurídica, debe aplicarse de forma transversal a lo largo de la relación jurídica en un proyecto de asociación público-privada, con el fin de garantizar el cumplimiento de la relación contractual, tomando en cuenta que se trata de proyectos de gran envergadura.

En relación a lo contemplado en el tercer inciso del artículo 15 de la Ley APP, la autora Inés María Baldeón manifiesta:

(...) una de las responsabilidades que mantiene para sí el sector público -en la distribución de responsabilidades y riesgos en la estructura APP- es la relativa a la expedición de normas y a la certeza de su aplicación. Pero, si las normas que se expiden luego son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales (...) presumiría que habrán inversionistas que no se arriesgarían a invertir¹¹²

Finaliza expresando su preocupación pues en determinado momento un juez podría declarar la inconstitucionalidad de normas que formen parte de contratos APP, lo que afectaría al clima de inversión y estabilidad económica¹¹³.

En la misma línea el tercer inciso del artículo 15 establece que los contratos deberán estar en armonía con los derechos y garantías constitucionales y respetar los tratados internacionales, se sobre entiende que todo proyecto deberá estar estructurado de forma tal que respete la normativa legal vigente, además existe un filtro que es el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, que dentro de sus atribuciones está la de aprobar este tipo de proyectos; sin embargo, al ser declarado inconstitucional una norma posterior a la firma del contrato APP, conllevaría irremediablemente a la nulidad de todo lo actuado; estos aspectos no generan precisamente certeza y al quebrantar el principio de seguridad jurídica, limitan la participación del sector privado.

Continuando con la temática, muchas veces las limitaciones normativas de un instituto jurídico no están dadas solo por falta de cuerpos normativos o certeza de los mismos, sino por la proliferación de cuerpos normativos que lejos de generar

¹¹¹ Luna Serrano Agustín, *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del derecho* (Madrid: DYKINSON, S.L., 2015), 43 a 45.

¹¹² Baldeón, "Las Asociaciones Público Privadas (APP) en el Marco Jurídico Ecuatoriano". 147. 119.

¹¹³ *Ibíd.* 119.

certidumbres, generan ambigüedades y confusión sobre la aplicación de los mismos, en el presente trabajo de investigación se pudo constatar que a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público - Privadas y la Inversión Extranjera de diciembre de 2015; se expidieron los siguientes cuerpos normativos:

- Reglamento para el Funcionamiento del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas y de su Secretaria Técnica¹¹⁴,
- Resolución General para la Presentación y Aprobación de Proyectos bajo la Modalidad de Asociación Público-Privada¹¹⁵; y,
- Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera.

En el segundo inciso del artículo 6, del último reglamento en mención se establece que para la presentación de iniciativas privadas, estas se estructurarán de acuerdo a lo previsto en el Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada¹¹⁶, emitido el 06 de marzo de 2015¹¹⁷, antes de la expedición de la Ley APP; todos los cuerpos normativos citados se encuentran vigentes a la fecha y norman los proyectos de asociaciones público-privadas en el Ecuador.

Si bien la Ley APP incluye a la inversión extranjera, paradójicamente la letra b del artículo 16 del Reglamento para el Funcionamiento del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, establece como atribución del Comité, “Verificar que los proyectos aprobados bajo la modalidad de asociación público-privada procuren la utilización de componente nacional, transferencia de tecnología y la contratación de talento humano nacional”¹¹⁸, condicionante que podría llegar a limitar la participación de inversionistas extranjeros.

Por otra parte, el Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, en su artículo 10 prescribe sobre la estabilidad jurídica en el contrato de gestión delegada, empero, “dicha garantía no implica renuncia del Estado al ejercicio de su capacidad regulatoria, ni tampoco que dicha estabilidad se incluya la materia tributaria, lo cual puede conllevar que, al elevarse el riesgo por dicho motivo, los proyectos se hagan

¹¹⁴ Ecuador CIAP-P, *Resolución No. 001-2016*, Registro Oficial 713, 16 de marzo de 2016.

¹¹⁵ Ecuador CIAPP, *Resolución No. CIAPP-R-009-ABRIL-2017*, Registro Oficial 11, Edición Especial, 07 de junio de 2017.

¹¹⁶ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1040*. art. 6.

¹¹⁷ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 582*, Registro Oficial 453, 06 de marzo de 2015.

¹¹⁸ Ecuador CIAPP, *Resolución No. 001-2016*, letra b art. 16.

inviabiles o muy costosos”¹¹⁹; como se mencionó anteriormente, el principio de seguridad jurídica debe aplicarse en forma transversal en el desarrollo de proyectos APP, con el fin de viabilizar y garantizar los derechos de las partes dentro de la relación contractual.

En cuanto a la selección del gestor privado, el artículo 12 de la Ley APP determina que será mediante concurso público y que dicho concurso se regirá por los principios de transparencia, igualdad, concurrencia y publicidad; el artículo 19 de la Resolución General para la Presentación y Aprobación de Proyectos bajo la Modalidad de Asociación Público-Privada, en relación al concurso público y selección del gestor privado establece que la entidad delegante podrá determinar el procedimiento; en la guía metodológica de la misma resolución, dentro del flujo de procesos para la presentación y aprobación del proyectos APP, numeral 6.1, criterio 6: concurso público, establece que se identificará el grado de transparencia en los procesos de licitación que serán manejados. Pese a lo expuesto no se establece cual será el proceso licitatorio a llevar a cabo por las entidades delegantes, cuál sería su procedimiento y procedencia; lo expuesto causa inquietud pues, el no tener normado un procedimiento puede llevar a darse arbitrariedades por parte de las entidades delegantes.

Al respecto sería importante se contemple el uso de medios electrónicos, mediante los cuales a través de internet, exista un publicación efectiva y actualizada de los aspectos más relevantes del proceso que esté al alcance de cualquier persona interesada; y, sobre todo lograr una conexión en línea con los oferentes que deseen participar¹²⁰, de esta forma se aplicaría de forma efectiva los principios de publicidad y transparencia.

Lo expuesto facilitaría el monitoreo y control por parte de las entidades competentes y por parte de la ciudadanía, lo que, sin duda a más de cumplir con los principios establecidos en la Ley APP, le dará mayor transparencia al proceso licitatorio que se vaya a llevar a cabo por parte de las entidades delegantes.

Otro elemento que se deja a libre elección de las entidades delegantes, es la bonificación por puntaje contemplado en el artículo 4 del Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada constante en el Decreto Ejecutivo 582, y en el

¹¹⁹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1040*. art. 10.

¹²⁰ Rubén Martínez, *La contratación pública electrónica* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015). 40.

artículo 7 del Reglamento General de Aplicación a la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, constante en Decreto Ejecutivo 1040, lo que puede generar en algunos casos la sobrevaloración o subvaloración de este puntaje, recogiendo lo que establece la parte final del numeral 2 del artículo 7 del Decreto Ejecutivo 1040, se debería establecer un parámetro a esta bonificación, tomando en cuenta la distribución de los riesgos, las fuentes de financiamiento, la calidad y alcance de los estudios, y no solo en relación al monto de la inversión inicial del proyecto. El establecimiento de parámetros generaría mayor claridad y transparencia al proceso, pues los proponentes privados tendrían clara la ventaja de proponer proyectos de APP.

Como se analizó en el primer capítulo la distribución de los riesgos es sin lugar a duda uno de los factores más importantes en la relación de una asociación público-privada. El numeral 3.2 del artículo 3 de la Ley abarca de forma general este aspecto dejándolo a discreción de las entidades contratantes. Si bien la idea no es establecer una estructura rígida es necesario se marque parámetros que protejan tanto a las entidades del estado como al sector privado; en esta línea el autor Julio González establece que si el gestor privado se encarga de la construcción y explotación lo más razonable es que él asuma los riesgos derivados de la propiedad del activo; y, que con el fin de garantizar los intereses públicos la administración asuma los riesgos derivados de la demanda de servicios y del valor residual del activo¹²¹.

En cuanto al Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada, si bien es una norma emitida antes de la expedición de la Ley APP, dentro de sus considerandos a más del justificativo constitucional, determina que:

Es necesario establecer las normas que prevean a la asociación entre la entidad pública y las empresas privadas, como modalidad de delegación excepcional de cualquier proyecto en las áreas a que se refiere el Artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones¹²²;

Dicho considerando se enfoca ya en el término asociación público-privada, por lo expuesto, se entiende que el Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, en su artículo 6, para el caso de las iniciativas privadas, nos remita al

¹²¹ González García. 46.

¹²² Ecuador, *Decreto Ejecutivo* 582. noveno considerando.

procedimiento establecido en el Reglamento en mención, tomado en cuenta que la relación público-privada ya existía en nuestro país antes de la publicación de la Ley APP.

Del análisis realizado al Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada, llama la atención el tiempo que el promotor público tiene para evaluar si la iniciativa privada es de interés público, y el tiempo para analizar la viabilidad de dicha iniciativa, que puede llegar a un año contado desde la presentación inicial; sin lugar a duda es un período demasiado extenso, considerando que esta etapa es solo una parte de todo el proceso, pues adicional se debe considerar el tiempo que demore en la revisión de la propuesta por parte del Comité Interinstitucional y el lapso en el cual se lleve a cabo el procedimiento de selección del gestor privado. Obviamente la considerable dilación del tiempo en un proceso de adjudicación de un proyecto APP, lo vuelve inviable y nada atractivo para la inversión privada, sea esta nacional o extranjera.

Por otra parte el artículo 12 del Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, establece que el gestor privado podrá ser cualquier entidad de derecho privado constituido de acuerdo a la legislación ecuatoriana¹²³, pero, ¿qué sucede entonces con los inversionistas extranjeros que no están constituidos en el Ecuador?, para contestar esta interrogante es necesario remitirnos a lo establecido en el artículo 10 de la Ley APP, que en su parte pertinente establece, “El sujeto de derecho privado responsable del desarrollo del proyecto público se denomina gestor privado”¹²⁴, se entendería entonces que el artículo 12 del Reglamento General de Aplicación de la Ley APP, habla del gestor privado ya adjudicado, pues sería él quien se encargaría de la construcción del proyecto; sin embargo, ni la ley ni su reglamento resuelven de forma clara esta interrogante, lo que puede llevar a muchas subjetividades y limitaciones a la inversión extranjera, a más de ser artículos que incumplen con los principios generales contemplados en el Título VI “Contratación Pública” del Acuerdo Comercial Multipartes, del cual el Ecuador es miembro.

Por otra parte, del análisis constitucional y normativo revisado, es evidente, que aun cuando de forma excepcional, existe apertura a la iniciativa privada, siempre

¹²³ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1040*, art. 12.

¹²⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*. art. 10.

en los casos que establezca la ley de la materia o del sector correspondiente, bajo esta premisa es pertinente analizar otros cuerpos normativos como:

2.2.2 Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI)

Título I “Del fomento y promoción de los sectores estratégicos claves para la infraestructura productiva” del Libro V, desde su artículo 96 al 100, abarca temáticas de los sectores estratégicos y servicios públicos, en especial la facultad de delegar a la iniciativa privada la gestión de dichos sectores y servicios; si bien se aclara que dicha delegación será solo en forma excepcional, deja claro dicha posibilidad y cómo debe darse. Para comprender mejor lo expuesto, me permito hacer copia textual del primer inciso del artículo en mención.

Art. 100.- Excepcionalidad.- En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros¹²⁵; norma base de todo proceso de concesión en el país.

El último inciso del artículo 100 establece que las modalidades de delegación podrán ser la concesión, asociación, alianza estratégica u otras formas contractuales de acuerdo a la ley; con lo expuesto se evidencia que la puerta para incorporar a la iniciativa privada en el desarrollo de proyectos de interés general, estuvo abierta desde mucho tiempo antes; y, que la poca o ninguna participación del sector privado se debió más al modelo económico instaurado en el país.

2.2.3 Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP)

Artículo 35 establece que, las empresas públicas tienen capacidad asociativa y pueden constituir cualquier tipo de asociación, alianza estratégica, sociedades de economía mixta, con sectores públicos o privados¹²⁶; considerándose en todo caso que dichas empresas no pueden celebrar asociaciones público privadas, pues

¹²⁵ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010, art. 100.

¹²⁶ Ecuador, *Ley Orgánica Empresas Públicas*, Registro Oficial Suplemento 48, 16 de octubre de 2009, art. 35.

conforme consta en la Sentencia Interpretativa N°001-12-SIC-CC, expedida por la Corte Constitucional; y, aclarada de forma evidente con las reformas introducidas en la Ley de Fomento Productivo, dicha delegación no le está permitida a las empresas públicas, sino a los entes rectores de éstas

Si bien más adelante se realizará el análisis de la Ley de Fomento Productivo, en este punto es importante señalar que dentro de la reforma a la LOEP constante en el artículo 41 de la Ley en mención, determina la eliminación del cuarto inciso del artículo 35 de la LOEP, que establecía: “En cualquier caso, las asociaciones público-privadas conformadas por empresas públicas, con mayoría en la participación, tendrán el mismo tratamiento tributario, beneficios e incentivos previstos en el ordenamiento jurídico para la modalidad de gestión delegada”¹²⁷.

2.2.4 Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)

El artículo 283 dispone que los gobiernos autónomos descentralizados (GAD) enfatizarán la delegación a sectores de la economía popular y solidaria con el fin de promover la naturaleza social del sistema económico nacional, tal es el caso que el Concejo Metropolitano de Quito, emitió la Ordenanza Metropolitana No. 0539, en la cual se establece que:

Contratación Pública.- El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, sus instituciones y sus empresas, de forma obligatoria implementarán en los procedimientos de contratación pública establecidos en la Ley de la materia, márgenes de preferencia previstos en la Ley, reglamentos y normativa conexas, a favor de las personas y organismos del sector de la economía popular y solidaria¹²⁸.

A igual que los cuerpos normativos antes revisados, el COOTAD establece que solo de forma excepcional los GAD podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada, ya sea por razones técnicas o económicas que deberán ser justificadas ante el respectivo órgano legislativo, a excepción de las competencias de riego, agua potable y alcantarillado; establece

¹²⁷ *Ibíd.* cuarto inciso del art. 34.

¹²⁸ Ecuador GAD-MDMQ, *Ordenanza Metropolitana No. 539*, Concejo Metropolitano de Quito, 17 de abril de 2014, art. 12.

además que la selección se realizará mediante concurso público¹²⁹, sin que se establezca el procedimiento para dicho concurso.

2.2.5 Ley de Compañías

El artículo 316 de la Constitución de la República establece: “El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico”¹³⁰, en este sentido, la Ley de Compañías en sus artículos 308 al 310, determina que los municipios, consejos provinciales y las entidades del sector público, podrán participar en el capital de las compañías de economía mixta, a través de aportes, o mediante la concesión de un servicio público¹³¹.

Es sustancial además, considerar que en el caso de la participación extranjera, cuando resultare adjudicada una empresa extranjera algún proyecto APP, esta debe cumplir con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Compañías que determina, “(...) las compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas, deberán domiciliarse en el Ecuador antes de la celebración del contrato correspondiente”¹³²; incluso determina que el incumplimiento de esta obligación, acarreará la nulidad del respectivo contrato; en virtud de la normativa citada, queda claro que la obligación de domiciliarse en el país no puede ser exigida en las fases previas a la firma del contrato.

2.2.6 Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada

Si bien ya se habló sobre la presente Ley y en el I primer capítulo del presente trabajo de investigación, se evidenció que la concesión es una modalidad de asociación público-privada; es importante analizar lo que se expone a continuación.

Con la finalidad de viabilizar la aplicación de la Ley en mención, se emitió el Decreto Ejecutivo N° 1623, que contenía el *Reglamento General de la Ley de modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por*

¹²⁹ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 283.

¹³⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 316.

¹³¹ Ecuador, *Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, 05 de noviembre de 1999, art. 308-310.

¹³² Ecuador, *Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, 05 de noviembre de 1999, art. 6.

parte de la iniciativa privada; mismo que fue derogado según lo establecido en el Reglamento Sustitutivo del Reglamento antes citado¹³³, el que a su vez, mediante Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte¹³⁴, fue derogado su título tercero correspondiente a la delegación al sector privado.

La normativa *ibídem* permitió que en nuestro país se desarrollen grandes proyectos de infraestructura, especialmente proyectos viales, bajo la modalidad de concesión; para evidenciar lo establecido se realizó una nueva revisión en el link “Proyectos de Asociación Público Privada” de la página del Ministerio de Transporte y Obras Públicas¹³⁵, en este link se analizó la documentación publicada relativa al concurso público para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de la Ruta Río Siete – Huaquillas. Dentro de la documentación revisada se encuentra la Resolución Ministerial N° 008 de 05 de febrero de 2015, mediante la cual se resolvió autorizar el inicio del concurso público internacional del proyecto antes citado, dentro de los considerandos de la resolución en mención, a más de la fundamentación constitucional relativa, existe un considerando en el cual se hace copia textual del artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; a continuación en otro considerando se hace referencia al Decreto Ejecutivo 810 mediante el cual se expidió el Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte.

Con la finalidad de realizar una comparación, se analizó la documentación publicada relativa al concurso para la contratación de la Rehabilitación, Construcción de Obras Complementarias, Mantenimiento Rutinario y Periódico, Explotación y Operación del Sistema Vial Chongón – Santa Elena; concurso que según Resolución Ministerial N° 010-2017, resolvió el inicio del proceso el 15 de febrero de 2017, fecha en la cual ya se encontraba vigente la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera; sin embargo, una vez revisados los fundamentos de derecho que motivaron la resolución en mención, se evidencia que se hace referencia a la misma normativa utilizada en la Resolución

¹³³ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 2328*, Registro Oficial 581, Suplemento, 02 de diciembre de 1994, art. 177.

¹³⁴ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 810*. derogatoria primera.

¹³⁵ Ecuador Ministerio de Transporte y Obras Públicas, “Proyectos de Asociación Público Privada”. https://www.obraspublicas.gob.ec/asociacion-publico-privada-2013-2017_esp/.

Ministerial N° 008 del concurso público para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de la Ruta Río Siete – Huaquillas. Si bien el numeral 4 “Régimen jurídico aplicable a la APP”, del pliego, hace referencia a la Ley APP, en las bases económicas no se establece la aplicación de la misma.

Penosamente vemos que el enfoque que se quiere dar a los proyectos de asociación público-privada, se vincula solamente a un título, pues el link del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, donde se obtuvo la documentación analizada, antes de mediados de 2017 se denominaba Proyectos de Concesión; con lo que se evidencia que la Ley de APP, no ha generado un cambio que fortalezca la cooperación de los sectores público-privado que permita alcanzar un desarrollo sustentable.

En este punto, si bien doctrinariamente la concesión es una modalidad de asociación público-privada, bajo lo determinado en la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera; más allá de la fecha de publicación del proyecto Río Siete – Huaquillas, no podrían denominarse proyectos de asociación público-privada, pues no están sustentados en dicha Ley; por ende, no aplican los incentivos tributarios, pues no consta dicha condición en el pliego de bases económicas, según lo determina el artículo 16 de la ley en mención; y, obviamente no cuentan con la aprobación del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, según lo establecido el numeral 6.3 del artículo 6 de la Ley; acotación que se realiza considerando que el objeto de la Ley APP, es el establecimiento de incentivos.

Como se puede evidenciar, la normativa que permite al estado delegar el ejercicio de ciertas actividades a la iniciativa privada, está vigente en nuestro país desde el año 1993, siendo la concesión la figura establecida, más aun cuando el artículo 4 del Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte, determina como modalidades de delegación a la concesión y a la autorización, para gestionar servicios públicos en el sector transporte; tanto es así que parte de los considerandos de las resoluciones ministeriales N° 008 de 05 de febrero de 2015 y N° 010-2017 de 15 de febrero de 2017, de los procedimientos antes analizados, constan los Decretos Ejecutivos N° 549 de 14 de enero de 2015 y N° 1309 de 09 de febrero de 2017, respectivamente, mediante los cuales, el Presidente de la República autorizó con carácter de

excepcional la delegación a la iniciativa privada, bajo la modalidad de “concesión o asociación público-privada”.

Si bien la concesión sigue siendo la modalidad de asociación público-privada que se aplica en nuestro país, es importante la emisión de una ley que norme de forma clara dicha figura, estableciendo parámetros mínimos a observar, cuyo objetivo vaya más allá de la aplicación de incentivos tributarios, cuya aplicación obligatoria abarque a todas las entidades, organismos y personas jurídicas, contempladas en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador.

2.2.7 Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal

A más del régimen de remisiones y reducciones, la Ley en su Capítulo II contempla los incentivos específicos para la atracción de inversiones privadas, como es el caso de la exoneración del impuesto a la renta para las nuevas inversiones productivas en sectores priorizados y su anticipo, por 12 años contados desde el primer año en el que se generen ingresos atribuibles directa y únicamente a la nueva inversión y que se encuentren fuera de las jurisdicciones urbanas de Quito y Guayaquil, para el caso de inversiones realizadas en las zonas urbanas señaladas, podrán acogerse a la misma exoneración por 8 años; por otra parte las nuevas inversiones en sectores industrial, agroindustrial, agroasociativo, dentro de los cantones de frontera gozaran de la exoneración prevista por 15 años. Señala además que la exoneración aplicará solo en sociedades que generen empleo neto¹³⁶.

Contempla además la exoneración al impuesto a la salida de divisas en contratos de nuevas inversiones productivas, en los casos previstos en el artículo 27 de la Ley, esta exoneración aplica además a las sociedades que reinviertan en el país al menos el 50% de las utilidades en nuevos activos productivos¹³⁷.

En el caso de nuevas inversiones productivas en sectores determinados como industrias básicas, tendrán derecho a la exoneración del impuesto a la renta y su anticipo por 15 años, plazo que se ampliara por 5 años más en el caso de que dichas inversiones se realicen en cantones fronterizos del país¹³⁸.

¹³⁶ Ecuador, *Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*, Registro Oficial 309, Suplemento, 21 de agosto de 2018. art. 26.

¹³⁷ *Ibid.* art. 27 – 28.

¹³⁸ *Ibid.* art. 29.

Por otra parte, el Capítulo IV de la Ley contempla reformas a varios cuerpos legales, dentro de los cuales tenemos la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera.

Así tenemos en primer lugar la sustitución del numeral 6.3 del artículo 6, en el que la Ley determina una diferenciación entre las entidades delegantes del Gobierno Central y las entidades delegantes de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, señalando que todos los proyectos que se desarrollen bajo la modalidad de APP y el régimen de incentivos previstos en la Ley, requerirán de la aprobación del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas; mientras que, los proyectos a ser desarrollados bajo la modalidad de APP, propuestos por las entidades delegantes de los GAD, que no contemplen incentivos, serán aprobados por el órgano competente del GAD; aclarando que los proyectos de entidades delegantes de los GAD, que se desarrollen bajo la modalidad de APP y que si prevean la aplicación de los incentivos establecidos en la Ley, requerirán de la aprobación del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas¹³⁹.

Diferenciación que no contemplaba el texto original de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, pues remitía a aprobación del Comité Interinstitucional, toda propuesta de desarrollo de un proyecto bajo la modalidad de APP.

Continuando con el análisis de las reformas establecidas tenemos la inclusión de un nuevo inciso al artículo 11, mediante el cual la Ley establece que la entidad delegante podrá mediante acto administrativo establecer que los estudios necesarios para la estructuración técnica, legal y financiera de un proyecto lo realice una entidad especializada en la materia, además que los costos que impliquen dicha estructuración serán asumidos por el futuro adjudicatario. Este nuevo inciso se aplica considerando que la Ley APP, establece que un proyecto público puede ser propuesto por un sujeto de derecho privado; además está en concordancia con lo establecido en el artículo 3 “De la Propuesta” del Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada; finaliza señalando que en todos los casos la entidad delegante deberá revisar y aprobar dichos estudios¹⁴⁰.

¹³⁹ Ibid. numeral 1 del art. 39.

¹⁴⁰ Ibid. numeral 2 Del art. 39.

Se entiende que con motivo de la reforma al numeral 6.3 del artículo 6 antes analizado, la Ley sustituya el artículo 12 de la selección del gestor privado, señalando que previo a la selección del gestor privado se deberá contar con la aprobación del proyecto público por parte del Comité Interinstitucional, ya sea en el caso de las entidades delegantes del gobierno central o en el caso de las entidades delegantes de los gobiernos autónomos descentralizados siempre que requieran incentivos.

Señala además que, la selección del gestor privado se lo realizará mediante concurso público, para lo cual la entidad delegante formulará las bases administrativas, técnicas y económicas-financieras; y, además fijará los términos contractuales que regirán el procedimiento y la relación entre las partes, al mismo tiempo señala que en cualquier caso el concurso público se regirá por los principios de transparencia, igualdad, concurrencia y publicidad; además que no será aplicable el régimen de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contenidos que si contemplaba el artículo antes de ser reformado.

Finalmente establece que para el desarrollo de proyectos APP, se podrá constituir fideicomisos mercantiles de recaudación y gestión de los recursos provenientes de las actividades empresariales del proyecto, de conformidad con la Ley y previa notificación al ente rector de las finanzas públicas; eliminando la facultad de generar compañías mixtas como lo preveía el artículo antes de ser reformado, facultad que poseen las empresas públicas de conformidad a lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas en el marco del artículo 316 de la Constitución de la República¹⁴¹.

Otra de las reformas es la sustitución de los incisos segundo y tercero del artículo 13, en el caso del inciso segundo confiere al Comité Interinstitucional la competencia de priorizar y aprobar proyectos en asociaciones público-privados en sectores de interés general de forma directa, eliminando la calidad de excepcional a dicha facultad como lo establecía el artículo antes de ser reformado, establece además que la aprobación requerirá se cumpla lo dispuesto en el artículo 100 del Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones; es decir, que dichos proyectos a más de la aprobación del Comité Interinstitucional de Asociaciones

¹⁴¹ Ibid. numeral 3 del art. 39.

Público – Privadas, requerirán la aprobación mediante decreto del Presidente de la República.

El tercer inciso señala que para la aplicación de los incentivos en aquellos casos que las leyes sectoriales establezcan el régimen específico al que se debe sujetar la delegación o participación privada, se requerirá de forma concurrente se configuren las reglas establecidas en las leyes sectoriales y las metodologías establecidas por el Comité Interinstitucional para los proyectos de Asociaciones Público-Privadas; condición que inicialmente no establecía la Ley APP, pues determinaba que en los casos que las leyes sectoriales establecían el régimen específico al que se sujetaría la delegación o participación privada, no aplicarían las disposiciones e incentivos tributarios previstos en esta ley, salvo los nuevos proyectos públicos relacionados con el sector hidroeléctrico y otras energías alternativas.

Además señala que en los casos no previstos en las leyes sectoriales de sectores estratégicos y servicios públicos, para el desarrollo de proyectos que involucren la participación del sector privado, se podrá aplicar lo previsto en esta ley¹⁴², lo que significa que en aquellos casos la Ley APP actuará como norma secundaria.

La última reforma a la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, contemplada en la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal; es la eliminación del término “adjudicado” en el numeral 16.2 del artículo 16¹⁴³, reforma acertada pues en un procedimiento de contratación se adjudica el proyecto objeto de la contratación, no el plan económico-financiero, que es solo una parte del mismo.

En cuanto al Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, atracción de inversiones, generación de empleo, y estabilidad y equilibrio fiscal, recientemente aprobado, es importante señalar que en el Capítulo XIII, artículo 20, se reforma al Reglamento General de Aplicación de la Ley APP, agregando un artículo innumerado a continuación del artículo 12, mediante el cual se establece que el pago de los estudios técnicos, legales y financieros, realizados por

¹⁴² Ibid. numeral 4 del art. 39

¹⁴³ Ibid. numeral 5 del art. 39

empresas privadas especializadas, podrán ser pagados por el futuro adjudicatario o el gestor privado, cuando así lo determine la máxima autoridad de la entidad delegante, en las bases o pliegos del procedimiento; en el caso de no llegar a adjudicarse el proyecto, el pago no será cubierto por la entidad delegante¹⁴⁴.

Referente a lo expuesto, me permito realizar tres observaciones, la primera, relacionada a la facultad que se confiere a la entidad delegante, de que el pago por los estudios sea cubierto por el adjudicatario o el gestor privado, cuando así lo determine la máxima autoridad de la entidad delegante; al ser una potestad facultativa, ¿qué pasaría con las entidades delegantes que no incorporen en sus pliegos dicha condición?, considerando que tanto la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, como su Reglamento, establecen que no se deberá comprometer pago alguno por parte del estado por el tema de los estudios; se entendería entonces que se podría llegar a determinar responsabilidades a la máxima autoridad de la entidad delegante por incumplimiento de norma expresa, cuando en realidad lo que existe es una contradicción en la norma.

Segunda observación, en cuanto al pago que podrá ser cubierto por el adjudicatario o el gestor privado, considero que lo correcto era establecer que el pago sería asumido por el gestor privado y no por el adjudicatario, pues el acto de que se adjudique un proyecto no quiere decir que obligatoriamente se llegue a firmar el contrato.

Tercera observación, en cuanto a lo establecido en el segundo inciso del artículo innumerado, que señala que el pago no será cubierto por el estado en caso de no adjudicarse el proyecto, al establecer esta condición no se está generando un verdadero incentivo para que los inversionistas propongan una iniciativa privada; por otra parte, en el caso de iniciativas públicas que contraten los estudios, donde se entiende que la entidad ya pago por los estudios realizados pues los mismos sirvieron para la elaboración de las bases del concurso, en el caso de que no se llegue adjudicar el mismo y por ende no se pueda exigir dicho pago, ¿qué acciones debería tomar la entidad delegante en estos casos?, tanto la ley como el reglamento no abarcan estos temas con claridad y dejan algunos cabos sueltos, frente a los cuales las entidades

¹⁴⁴ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 617* (Registro Oficial 392, Suplemento, 20 de diciembre de 2018.art. 20.

delegantes están en la obligación de considerar todas las posibles circunstancias que podría suceder al momento de elaborar las bases del concurso.

Antes de finalizar, quiero enfatizar, que las limitaciones en la normativa de las asociaciones público-privadas en el Ecuador, no está en la falta de cuerpos normativos, sino en la proliferación de los mismos, que lejos de dar mayor seguridad y certeza, genera grandes incertidumbres. Si bien la visión actual del Gobierno Central es fomentar la inversión privada que permita dinamizar la economía del país, para lo cual ha realizado ajustes en el marco jurídico, expidiendo leyes que contemplan incentivos para la inversión privada, es importante señalar que mientras no exista una ley que establezca los parámetros de aplicación general para todas las entidades delegantes y no se defina un único procedimiento para la selección de los gestores privados, persistirá las limitaciones normativas para la ejecución de proyectos de asociación público-privada.

Capítulo tercero

Experiencia en la aplicación de la figura de asociación público-privada en Chile, España y México

Antes de iniciar el presente capítulo, es importante recalcar que el modelo económico del país en los últimos años, pudo haber generado una idea equivocada de un estado paternalista que debería asumir y cubrir de forma directa todo servicio público, minimizando así la participación privada; incluso desde mi perspectiva generando una idea equivocada, de que todo lo que proviene del sector privado no es bueno; no obstante, para todos es conocido que no existen recursos públicos suficientes para cubrir todas las necesidades de la colectividad, de ahí la importancia de contar con socios estratégicos que coadyuven a alcanzar las metas propuestas por el estado. Otro tema importante a considerar es la ventaja que puede ser para el estado, el desarrollo de proyectos de infraestructura como: aeropuertos, sistemas viales, puertos marítimos y fluviales, entre otros; y, la prestación de servicios públicos; sin una afectación inmediata directa al Presupuesto General del Estado.

Una vez que, en el presente trabajo de investigación se abordaron temas relevantes sobre las asociaciones público-privadas, como su desarrollo histórico, su definición, modalidades y el análisis normativo en el Ecuador, es pertinente revisar la experiencia en la aplicación de la figura de APP de otros países, para lo cual tomaremos como referencia a Chile, México y España.

1 Experiencia Chilena

Así como para el análisis en el Ecuador de la aplicación de la figura de asociaciones público-privadas, tomamos con referencia la información de proyectos que posee el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, para el estudio de la experiencia chilena, nos remitiremos a una publicación de la misma cartera de estado en Chile, denominada “Concesiones de Obras Públicas en Chile 20 años”. La modalidad de asociación público-privada que utiliza Chile desde los años 90, es la concesión, al igual que en nuestro país.

El Ministerio de Obras Públicas del Gobierno de Chile, dentro de la publicación “Concesiones de Obras Públicas en Chile 20 años”, estableció que el

origen del sistema de concesiones, demandó de políticas públicas firmes, que incluyan factores sociopolíticos y cuenten con un marco institucional correlacionado¹⁴⁵; considerando que esta medida se tomó con el fin de contar con financiamiento privado para cubrir el gasto en inversión pública, sin afectación al presupuesto del estado, lo que permitió aprovechar la capacidad de gestión e innovación del sector privado.

Otro factor fundamental que coadyuvó a la viabilización de la modalidad de concesión en Chile, fue el factor político, pues contó con el apoyo de varios sectores del Parlamento, quienes se enfocaron en diseñar un marco jurídico estable y transparente, que en el transcurso del tiempo fue perfeccionándose, solucionando problemas que surgieron en el camino; lo expuesto permitió la participación de nuevos actores y del sistema financiero¹⁴⁶; se recalca la importancia del enfoque político de los gobiernos de turno, como la necesidad de contar con un marco jurídico estable que brinde certeza y confianza a los inversionistas privados, sean estos nacionales o extranjeros.

Dentro de los antecedentes históricos encontramos que en Chile la colaboración privada en la gestión pública existió desde la época de la colonia, con las llamadas “Concesiones de Tierras”, que les permitía usufructuar del trabajo de los pueblos nativos; ya en 1981 se expidió la Ley 18.060 considerada el punto de partida del sistema de concesiones, pues facultó al Ministerio de Obras Públicas (en adelante MOP), la potestad de adjudicar obras públicas fiscales, mismas que, previo a la emisión de la Ley 18.060, eran ejecutadas directamente por el MOP¹⁴⁷.

En 1983 se publicó el Decreto con Fuerza de Ley N° 591, mediante el cual se “fijan normas de carácter general relacionadas con la ejecución, reparación y mantenimiento de obras públicas fiscales”¹⁴⁸, sin embargo, dicho decreto nunca fue aplicado, quizás por haber sido una normativa incipiente que generaba inseguridad, dada la falta de conocimiento de la nueva figura, reto que debió ser asumido por el estado, a fin de socializar las ventajas y bondades de un proyecto de asociación público-privada (en adelante proyecto APP).

¹⁴⁵ Rossana Dresdner ed., *Concesiones de Obras Públicas en Chile. 20 años* (Santiago de Chile: División de Estudios y Análisis Financiero, CCOP-MOP, 2016). 14-15.

¹⁴⁶ Ibid. 23 – 24.

¹⁴⁷ Ibid. 43.

¹⁴⁸ Ibid. 43.

A fin de subsanar las limitaciones del Decreto con Fuerza de Ley N° 591, se expidió la Ley 19.068 de 1991, en la que se normaron aspectos como: ideas de iniciativas privadas, nuevo sistema de evaluación de ofertas enfocado en el cumplimiento de los parámetros técnicos, cambio del plazo para la transferencia de concesiones, contempló la posibilidad de constituir los ingresos de la concesión como garantía de las obligaciones, incluyó un sistema de conciliación paritario (solución de controversias), la exigibilidad de la participación imparcial con voz y voto de la Comisión Conciliadora para la aplicación de sanciones, bajo el amparo de Ley en mención se adjudicó el primer proyecto de concesión de obra pública, túnel El Melón¹⁴⁹. Con base en las innovaciones implementadas en la Ley 19.068 el Ministerio de Obras Públicas dictó el Decreto con Fuerza de Ley N° 164 de 1991.

El autor José Manuel Vassallo, sobre la experiencia chilena en concesiones determina que, “Chile es uno de los países con mayor tradición en el ámbito de la concesión de infraestructuras”, además considera que el Decreto con Fuerza de Ley N° 164, fue la primera normativa sobre concesiones que generó un sistema de licitación y contratación flexible¹⁵⁰.

Continuando con el estudio, llegamos a 1993 con la promulgación de la Ley 19.252, misma que se destacó por incluir el concepto de obra pública de una forma amplia, “que permitió incorporar al sistema de concesiones obras de distinta naturaleza”¹⁵¹, además contempló la facultad de reembolsar por los estudios de las iniciativas privadas; y, eliminó la quiebra como causal de terminación del contrato.

Llegamos a 1996, año en el que se expidió la Ley 19.460, en la que se mejoró la normativa relativa a la modificación de contratos, siempre y cuando sea por razones de interés público. El artículo 21 establecía el régimen jurídico aplicable a las relaciones del concesionario con entes públicos, como con entes de derecho privado y, se reguló la figura de incumplimiento grave¹⁵². Bajo el régimen de la Ley 19.460 se introdujeron modificaciones tributarias, tal es el caso la modificación al

¹⁴⁹ Ibid. 45.

¹⁵⁰ José Manuel Vassallo, *Asociación público privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia* (Bogotá: CAF, 2015). 230.

¹⁵¹ Dresdner, *Concesiones de Obras Públicas en Chile. 20 años*. 46.

¹⁵² Ibid. 47-48.

Decreto Ley No. 825 de 1974, que regulaba el IVA; y, la modificación al Decreto Ley No. 824 regulador del Impuesto sobre la Renta¹⁵³.

En el año 2010 se promulgó la Ley 20.410, mediante la cual se implementaron estándares de calidad en los servicios de mayor trascendencia; se otorgó a la administración pública, la facultad de dar por terminado unilateralmente al contrato, siempre por razones de interés público debidamente motivadas; además se reconoció el derecho del concesionario, a ser compensado por un acto sobreviniente de autoridad competente; por otra parte, en el caso de modificaciones unilaterales del contrato, que superen el 5% del presupuesto oficial de la obra, éstas debían ser licitadas por el concesionario bajo supervisión del MOP¹⁵⁴.

Un elemento fundamental para el desarrollo de proyectos de asociación público-privada es la disponibilidad de un mercado financiero a largo plazo y en condiciones favorables, en el caso de Chile:

(...) el MOP junto con el Ministerio de Hacienda y representantes del sector privado, diseñaron un Bono de Infraestructura. Su objetivo es permitir el refinanciamiento de la deuda mediante un instrumento emitido por el concesionario, posibilitando la participación de fondos institucionales en el negocio. La idea es estimular la participación de las AFP y de las compañías de seguros en proyectos concesionales, permitiendo que el bono sea parte de sus carteras de inversiones a largo plazo¹⁵⁵.

En cuanto al proceso licitatorio para la contratación de proyectos de concesión de obras en Chile, esta cuenta con una fase previa de precalificación de los posibles inversionistas, fase que procura asegurar la disponibilidad financiera de los mismos, dada la magnitud de los proyectos, que requieren de inversiones considerables¹⁵⁶; esta fase permite a las partes tener una idea más acertada del proyecto, y de ser el caso, este tipo de acercamientos podría permitir realizar ajustes al proyecto con el fin de estructurar un proyecto viable.

Del breve análisis efectuado a la evolución normativa del marco jurídico de las concesiones en Chile, podemos evidenciar, cómo, a través de la experiencia, el marco jurídico se tornó cada vez más fuerte y consolidado, pues en la marcha se fueron corrigiendo y cubriendo varios aspectos, que permitieron viabilizar la

¹⁵³ María Dolores Rufián, "Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú", *ILPES-Naciones Unidas, Gestión Pública* No. 16, 2002, 72. 27.

¹⁵⁴ Dresdner, *Concesiones de Obras Públicas en Chile. 20 años*. 51.

¹⁵⁵ Rufián, "Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú". 26.

¹⁵⁶ *Ibíd.* 27-28.

modalidad de asociación público-privada, generando a la vez, mayor certeza a la inversión privada.

En nuestro país no hemos logrado llegar a esa madurez jurídica, que fortalezca la figura de asociación público-privada, pues lejos de dotar efectividad y dinamismo a este tipo de contratación pública, en mi criterio persiste un sistema ambiguo carente de certeza. Varios cuerpos normativos contemplan la posibilidad de delegación al sector privado, sin embargo, a pesar de lo expuesto la ambigüedad se da por la falta de parámetros mínimos y la definición de un procedimiento de aplicación general para todas las entidades y organismos del estado.

Los principales factores a considerar en el éxito de la aplicación de la figura de concesiones en Chile son el respaldo político y la conformación de un verdadero marco jurídico. Por el contrario, en la experiencia de nuestro país, el haber vivido por más de una década bajo un sistema socialista que cerró las puertas a la inversión privada, generó –en mi criterio- un aparataje estatal insostenible, que limitó la evolución de la figura de asociaciones público-privadas. Por otra parte la proliferación de normas, que no conjugan de una forma efectiva la figura, conllevó a que no contemos con un marco jurídico lo suficientemente fortalecido, esta limitación puede conllevar al cometimiento de arbitrariedades, que difícilmente puedan ser controladas.

2 Experiencia Española

España es uno de los países con mayor tradición en recurrir a recursos de financiación privada para la promoción de infraestructuras y/o la prestación de servicios públicos. La figura de asociaciones público-privadas se convirtió en un efectivo mecanismo de contratación, que logró obtener recursos adicionales para el desarrollo de proyectos públicos, aprovechando la mayor capacidad de gestión del sector privado, sin afectación inmediata directa al presupuesto del estado y sin incrementar la deuda pública.

El hecho que España forme parte de la Unión Europea y, de que, en observancia de los parámetros impuestos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento del Consejo Europeo tenga la obligación de generar proyectos que cubran las necesidades de infraestructura o servicios, sin incrementar el déficit público y limitando el endeudamiento; orientaron la búsqueda de nuevas alternativas de

contratación para cubrir dichas necesidades de servicios públicos. Para ello, las asociaciones público-privadas se constituyeron en el mecanismo apropiado para el financiamiento y desarrollo de grandes proyectos públicos. En este contexto es importante tomar en cuenta que:

Para poder adoptar el Euro, los Estados miembros como España debieron en su momento haber alcanzado un alto grado de convergencia económica sostenible, y ya después, mantenerlo en el tiempo. Los dos criterios más relevantes que nos atañen, como efecto impulsor de las APPs son los dos relativos a las finanzas públicas: límite del déficit público, y límite del endeudamiento público¹⁵⁷.

Al respecto José Acerete, sobre los argumentos para la utilización de mecanismos de asociaciones público-privadas establece:

Estos nuevos vínculos entre Administración Pública y agentes privados se han denominado Public-Private Partnerships-PPP-o, asociaciones público privadas. Esta relación complementaria entre sectores público y privado trata de hacer viables proyectos que se consideran deseables para el conjunto de la sociedad (...). Desde un punto de vista teórico, las PPPs representan formas de colaboración mediante las cuales los sectores público y privado pretenden lograr actuando conjuntamente lo que cada uno por separado no alcanza. La lógica existente en la puesta en práctica de Public-Private Partnerships [Allan (2000)] es que combinando en una PPP los incentivos privados que conducen a maximizar la eficiencia, con una preocupación directa por el interés público, es posible conseguir un resultado óptimo¹⁵⁸.

En este contexto, España cuenta con normativa que le permite viabilizar proyectos APP, como es el caso de la Ley 9/2017 de “Contratos del Sector Público” de 08 de noviembre de 2017, existiendo normativa a más de la expuesta en relación a las Comunidades Autónomas, normativa específica de contabilidad pública, normativa con cierta influencia en proyectos APP y la normativa Europea relevante en materia de contratación pública, en este caso tenemos el Libro Verde sobre la Colaboración público privada, y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.

Es importante señalar que en el preámbulo de la Ley 9/2017 de 08 de noviembre, se establece que se, “suprime la figura del contrato de colaboración pública-privada (...). La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es,

¹⁵⁷ Rebollo Fuente, “Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público –Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general”. 27.

¹⁵⁸ José Acerete, “Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas” (Universidad de Zaragoza, 2004). 20.

fundamentalmente, el contrato de concesión”¹⁵⁹; en concordancia a lo expuesto, el artículo 14 sobre los Contratos del Sector Público y la delimitación de los tipos contractuales, establece:

La concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio¹⁶⁰.

En este punto es fundamental analizar por qué España suprimió la figura de contrato de colaboración público-privado, al respecto Miguel Ángel Campos en su tesis doctoral señala que:

Los Contratos de Colaboración Público-Privada no han sido derogados por razones de oportunidad política o legislativa, ni por mor de la crisis económica -pues se reclama más colaboración, no menos-, sino porque las instituciones y los operadores jurídicos carecen de medios –también jurídicos- con los que obtener los aciertos que las nuevas sociedades exigen¹⁶¹

Sobre el tema, se revisó el informe sobre cómo fracasan las asociaciones público-privadas, que fue coordinado por Eurodad¹⁶², en el cual se toma ejemplos de proyectos fallidos de varios países, a fin de poder analizarlos y aprender de dichas experiencias, tal es el caso del proyecto de depósito submarino de gas Castor, proyecto que fue concebido como la mayor planta de almacenamiento de gas submarino de España; las instalaciones de la planta se encuentran a 22 kilómetros mar adentro, en las provincias de Castelló y Tarragona, el proyecto almacenaría hasta 1.900 millones de metros cúbicos de gas natural, lo necesario para abastecer el equivalente de 50 días de consumo en España; la fase de investigación del proyecto

¹⁵⁹ España, *Ley 9/2017 Contratos del Sector Público* (BOE No. 272 de 09 de noviembre de 2017, preámbulo.

¹⁶⁰ *Ibid.* art. 14.

¹⁶¹ Miguel Ángel Campos, “Los contratos de colaboración público-privada y la reforma del derecho administrativo” (Doctoral, Universidad de Granada, 2017). 155-156.

¹⁶² “Eurodad (la Red Europea de Deuda y Desarrollo) es una red de 47 organizaciones de la sociedad civil (OSC) de 20 países europeos. Eurodad trabaja para cambios transformadores pero específicos en políticas, instituciones, reglas y estructuras globales y europeas para garantizar un sistema financiero y económico democráticamente controlado y ambientalmente sostenible que funcione para erradicar la pobreza y garantizar los derechos humanos para todos”. <https://eurodad.org/>.

inició en la década de 1990, tras varios procesos el 16 de mayo de 2008 mediante Real Decreto 855/2008, se otorgó el contrato APP a la empresa Escala por 30 años. En cuanto a la necesidad que motivo la contratación, esta se basó en la previsión sobre seguridad energética realizada por la Secretaría General de Planificación Energética, no obstante, años más tarde se determinó que el pronóstico realizado fue excesivo¹⁶³.

En dicho informe se establece además, que a la fecha no existía en España un reglamento específico sobre asociaciones público-privadas, señala también que en 2015 se creó la Oficina Nacional de Evaluación para mejorar la calidad de las inversiones, sin embargo, a septiembre de 2018, aún no estaba operativa. En relación a la documentación, si bien el contrato estaba disponible públicamente, faltaban varios documentos relevantes; por otra parte la ciudadanía inició un proceso de consulta, empero la respuesta contenía 600 páginas escritas en un lenguaje técnico y además en inglés, limitando la posibilidad de revisión del texto¹⁶⁴.

En 2013 se inicia las operaciones de inyecciones de gas, mismas que provocaron más de mil sismos generando alarma en la sociedad y la suspensión de dichos trabajos, lo sorprendente es que existieron informes previos en los que se concluía que la explotación de esta infraestructura podría repercutir en terremotos. En 2014 la empresa Escala comunica su decisión de renunciar al contrato y solicitan una indemnización, mediante Decreto Real 13/2014 el estado declaró la hibernación del contrato y transfirió la administración del proyecto a otra empresa con participación estatal. El contrato inicialmente preveía que el socio privado podía solicitar la disolución del contrato dentro de un período de cinco años, sin embargo, un ex ministro de industria, energía y turismo autoriza una modificación al contrato, prorrogando el plazo antes señalado a 25 años, modificación que beneficio al socio privado pues sin dicha modificación no hubiera sido aceptada su petición por estar fuera del período permitido¹⁶⁵.

Entre los años 2007 y 2010 el costo del proyecto se triplico, pasando de EUR 400 millones a cerca de EUR 1.270 millones, por varias irregularidades inexplicables, además el contrato supuso un excesivo riesgos para el estado, ejemplo

¹⁶³ Marta Conde et al., “Historia Repetida. Cómo fracasan las asociaciones público-privadas” (Eurodad, octubre de 2018). 15.

¹⁶⁴ *Ibíd.* 15.

¹⁶⁵ *Ibíd.* 16.

de ello era el artículo 14 mediante el cual el contrato preveía el pago de indemnización en caso de expiración o extinción del contrato, incluso en caso de mala conducta o negligencia por parte de la empresa¹⁶⁶.

La experiencia analizada nos deja varias lecciones, partiendo que para este tipo de proyectos complejos debe existir un estricto y continuo control del estado y la apertura para la supervisión por parte de la sociedad, en cuanto al socio privado es de relevada importancia su capacidad y experiencia en el desarrollo de proyectos similares al que se desee contratar, un elemento medular el cualquier tipo de contratación pública y en especial en los proyectos de asociaciones público-privadas, es contar con estudios completos y actualizados, finalmente la falta de transparencia y la deficiencia en el diseño del contrato, fueron el factor decisivo en el fracaso del proyecto APP.

Al respecto la Corporación Andina de Fomento – CAF establece que varios de los problemas en los proyectos de asociaciones público-privadas pueden ser superados considerando los siguientes puntos: a) establecimiento de necesidades reales, b) una buena planificación. c) diseños completos, funcionales y realistas. d) análisis del impacto ambiental y posibles medidas para reparar el daño. e) cuando la demanda es difícil de prever, plantear un modelo de reparto de dicho riesgo. f) estructuración adecuada de las bases del concurso, considerando el valor de las tarifas (de existir), el plazo del proyecto, el reparto adecuado de riesgos, casos de renegociación, los aportes y garantías públicas, lo que incidirá en la elaboración del respectivo contrato.¹⁶⁷

Por otra parte, la Ley de Contratos del Sector Público en el Capítulo II “Del Contrato de Concesión de Obras”, determina las actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras, dentro de las cuales tenemos: estudio de viabilidad, anteproyecto de construcción y explotación de las obras, proyecto de las obras y replanteo de este, pliegos de cláusulas administrativas particulares¹⁶⁸; otro elemento principal normado por la ley es el principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras, al respecto establece que, “Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión (...)”,

¹⁶⁶ *Ibíd.* 17.

¹⁶⁷ Vassallo, *Asociación público privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia.* 102-103.

¹⁶⁸ España, *Ley 9/2017 Contratos del Sector Público*, art. 247 al 250.

salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración”¹⁶⁹; el artículo 254 establece además, que en el caso que por fuerza mayor, aumentaran lo costos se procederá a ajustar el plan económico-financiero.

En cuanto al estudio de viabilidad, el artículo 247 de la Ley 9/2017 de 08 de noviembre, establece que previo a la decisión de construir o explotar obras bajo el régimen de concesión, la administración concedente deberá contar con los respectivos estudios de viabilidad; el numeral 5 del artículo en mención establece además, que se admitirá la iniciativa privada para la prestación de los estudios de viabilidad, e incluso determina que en el caso de silencio por parte de la administración ante la presentación de una iniciativa privada, se entenderá aceptada dicha iniciativa; cómo podemos evidenciar aplica el silencio administrativo positivo, figura que en nuestro país de acuerdo al artículo 3 del Reglamento de Régimen de Colaboración Público Privada (Decreto Ejecutivo 582), el promotor público no tiene obligación de dar trámite o aceptar la iniciativa privada, por acto expreso o silencio administrativo¹⁷⁰.

Por otra parte el numeral 5 del artículo 247, determina que dentro de la calificación de ofertas del procedimiento licitatorio, se asignará un puntaje de 5 puntos al autor de la iniciativa privada; y, que en el caso de no resultar adjudicado, tendrá derecho al resarcimiento de los gastos efectuados con un incremento del 5 por ciento como compensación, pago que podrá imponerse al concesionario, todas estas condiciones deben ser parte del pliego de cláusulas administrativas particulares¹⁷¹.

El ante proyecto que resultare del estudio de viabilidad deberá ser sometido a información pública, según lo establecido en el numeral 3 del artículo 248 de la Ley 9/2017, con la finalidad de que puedan formularse observaciones sobre la obra. Una vez que se cuente con el proyecto se debe desarrollar el pliego de cláusulas administrativas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 250, mismo que entre varios aspectos, contempla los siguientes:

- a) Definición del objeto de contrato,
- b) Requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores,

¹⁶⁹ *Ibíd.* art. 254.

¹⁷⁰ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 582*, art. 3.

¹⁷¹ España, *Ley 9/2017 Contratos del Sector Público*, art. 247.

- c) Umbral mínimo de beneficios derivados de la explotación de la zona comercial por debajo del cual no podrá incidirse en los elementos económicos de la concesión, quedando el mismo a riesgo del concesionario,
 - d) Derechos y obligaciones específicas de las partes durante la fase de ejecución de las obras y durante su explotación,
- Preverá también la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato; y,
- e) El contenido de las ofertas¹⁷².

En cuanto al contenido de las ofertas, se consideran relevantes los siguientes aspectos: el número 4 de la letra *d* del artículo antes citado, establece que la oferta hará referencia al “Plan económico-financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación, la tasa interna de rentabilidad o retorno estimada, y las obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados”¹⁷³; además el numeral 7, determina que los licitantes podrán introducir mejoras que consideren convenientes, siempre que se fije así en el pliego.

Otro factor relevante es el régimen económico financiero de la concesión, en cuya sección se determina las formas de financiación de las obras¹⁷⁴, entre las cuales tenemos:

- a) Financiamiento total o parcial a cargo del concesionario, quien asumirá el riesgo operacional.
- b) La administración también podrá aportar recursos para el financiamiento, mediante subvenciones o préstamos reintegrables.
- c) El financiamiento podrá ser cubierto por administraciones públicas distintas a la concedente.

En otro orden de los aspectos importantes analizados tenemos el artículo 261 que enuncia las prerrogativas de la administración en los contratos de concesión, entre las cuales tenemos: interpretar lo contratos y resolver dudas, modificar unilateralmente los contratos siempre que sea por razones de interés público, decidir el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión a favor del interés público, establecer las tarifas máximas por la utilización de las obras, vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, imponer al

¹⁷² España, *Ley 9/2017 Contratos del Sector Público*. art. 250.

¹⁷³ *Ibid.* art. 250 literal d, numeral 4.

¹⁷⁴ *Ibid.* art. 265.

concesionario las penalidades pertinentes, ejercer las funciones de policía en el uso y explotación de las obras.

Por otra parte, establece algunas características generales del modelo de licitación, como es el caso del establecimiento de los plazos máximos, noción del concepto de re-equilibrio económico – financiero, marco de penalizaciones, aproximación a la rescisión anticipada y sus consecuencias, garantías exigidas, perfil del concesionario oferente¹⁷⁵, y no podemos dejar fuera de las características del modelo de licitación a la asignación de riesgos.

El Capítulo III de la Ley 9/2017 norma las concesiones de servicios, dentro del régimen jurídico a igual que en el caso de concesiones de obras, establece como requisito previo la aprobación de los respectivos estudios de viabilidad, con base a los cuales se elaborarán los pliegos de cláusulas administrativas, que de acuerdo al artículo 285 contempla varios aspectos, de los cuales enuncio los siguientes:

- a) Definición del objeto de contrato;
- b) Fijar las condiciones de prestación del servicio y las tarifas que tuvieran que abonar los usuarios;
- c) Regular la distribución de riesgos entre la administración y el concesionario;
- d) Definir los requisitos de capacidad y solvencia financiera-económica;
- e) Prever la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato.

En cuanto a las prestaciones económicas el concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, que se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario. En los pliegos de cláusulas administrativas se podrá establecer que el concesionario abonará a la administración concedente un canon o participación¹⁷⁶. Finalmente el artículo 297 establece, “En lo no previsto en el presente Capítulo respecto al contrato de concesión de servicios, le será de aplicación la regulación establecida en la presente Ley respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquel”¹⁷⁷.

3 Experiencia Mexicana

¹⁷⁵ Rebollo Fuente, “Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público –Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general”. 76-82.

¹⁷⁶ España, *Ley 9/2017 Contratos del Sector Público*. art 289.

¹⁷⁷ *Ibíd.* art 297.

En el caso mexicano existe una particularidad muy importante de analizar y es que, desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se incorporan principios económicos de libre empresa y se reconocieron derechos de grupos sociales, elementos que, para la época, en otras esferas no eran ni siquiera considerados, sobre estos puntos el artículo 28 del cuerpo constitucional establecía lo siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco que controlará el Gobierno Federal (...)

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses.

Tampoco constituyen monopolios las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan (...) ¹⁷⁸.

Al respecto Jorge Vargas Morgado señala: “El artículo 28 constitucional, en su texto original de 1917, se extendía solamente en cuatro párrafos que de manera muy eficiente establecían para la República Mexicana un régimen económico fundamentalmente de libre competencia, consecuentemente prohibía los monopolios”¹⁷⁹, ahora bien, del texto original antes citado, podemos constatar que se reservaba ciertas actividades como exclusivas del estado mexicano, considerándose como una excepción a la norma. Los avances en materia constitucional del estado mexicano de 1917, sin duda deben haber generado gran controversia, pero no se puede negar que es un hito importante en el reconocimiento de derechos sociales y en el modelo de la economía estatal.

Dentro de la temática del presente trabajo de investigación, el párrafo sexto del artículo 27 del texto original determinaba: “(...) sólo podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan

¹⁷⁸ México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial No. 30, 05 de febrero de 1917, art. 28.

¹⁷⁹ Jorge Vargas, “Marco Constitucional de las concesiones administrativas (artículo 28)”, en *La Constitución y el Derecho Administrativo* (México DF: Universidad Autónoma de México, 2015), 229. 151.

trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata, y se cumplan con los requisitos que prevengan las ley”¹⁸⁰, es así que desde 1917 el estado mexicano ya preveía la participación del sector privado.

Posterior a esto se da la reforma publicada en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1983, mediante la cual por una parte se prohibió la concesión de los servicios públicos de la banca y crédito a particulares; y, por otra introdujo un párrafo mediante el cual se estableció que en casos de interés general el estado podrá concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio federal; obviamente considerando las excepciones que de las mismas prevengan¹⁸¹. Posterior a la reforma enunciada al artículo 28 de la Constitución, el legislador mexicano incorporó varias reformas más, generando un extenso texto, impropio –en mi criterio- de una Norma Suprema.

Ahora bien, varios autores coinciden en que la figura de concesión en México ya existía incluso antes de la primera reforma de 1983, la cual estaba regulada en las leyes de cada materia, de acuerdo a lo establecido en el párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución antes citado. En la actualidad la Ley de Asociaciones Público-Privadas publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 2012, cuya última reforma es del 15 de junio de 2018, tiene por objetivo regular los proyectos APP, para lo cual establece en su artículo 10 lo siguiente:

Los esquemas de asociación público-privada regulados en la presente Ley son opcionales y podrán utilizarse en relación con actividades cuya legislación específica prevea la libre participación del sector privado, o bien, mediante, el otorgamiento de permisos, autorizaciones o **concesiones**, para la prestación de los servicios correspondientes y no podrán referirse a los casos en los que las disposiciones aplicables señalen que no pueda intervenir el sector privado¹⁸². La negrilla me pertenece.

En adelante la Ley estructura el inicio, concurso, adjudicación, ejecución, modificaciones, prorrogas, terminación de los contratos, controversias, de los proyectos de asociación público privada. El primer paso de la fase inicial que norma la Ley, es el que la dependencia o entidad interesada, mediante dictamen determine la viabilidad del proyecto; y, a su vez establezca la conveniencia de aplicar el

¹⁸⁰ México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. art. 27.

¹⁸¹ Vargas, “Marco Constitucional de las concesiones administrativas (artículo 28)”. 157.

¹⁸² México, *Ley de Asociaciones Público-Privadas*, Diario Oficial de la Federación de 16 de enero de 2012, art. 10.

mecanismo de asociación público-privada, frente a otros mecanismos, posterior a esto debe realizar el registro del proyecto en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en caso de que el desarrollo del proyecto implique la utilización de recursos públicos, requerirá la autorización de la Comisión Intersecretarial y Desincorporación¹⁸³.

Además la Ley prevé la presentación de propuestas no solicitadas por parte de cualquier interesado, mismas que deben cumplir con ciertos requisitos como estudios de factibilidad, dichas propuestas deben ser analizadas y evaluadas por la dependencia o entidad competente en un plazo de tres meses; aquí se genera una diferencia con la normativa ecuatoriana, ya que el Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada, en su artículo 6 establece que la entidad delegante contará con 15 días para la revisión de la propuesta; y, el artículo 8 determina que la entidad cuenta con seis meses para evaluar si la propuesta es de interés público, adicional a los plazos señalados, en el caso de que la propuesta sea calificada de interés público, la entidad contará con seis meses más para determinar la viabilidad jurídica, técnica y económica.

En el caso de la Ley mexicana, transcurrido el plazo señalado de tres meses y el plazo de la prórroga, de ser el caso, la entidad determinará la viabilidad de la propuesta y del concurso a seguir¹⁸⁴; otro factor relevante que prevé la Ley es que el promotor deberá firmar una declaración unilateral de voluntad en la que se obliga a entregar toda la información relativa al proyecto, a ceder los derechos y otorgar autorizaciones en materia de derechos de autor y propiedad industrial; por otra parte, establece que en el caso que el promotor no resulte ganador o no concurse en el proceso, los valores por los estudios realizados serán cubiertos por el adjudicatario, asimismo establece que si el promotor participa del concurso, éste tendrá un estímulo en la evaluación, el mismo que no podrá exceder del equivalente al diez por ciento del puntaje total previsto para la adjudicación¹⁸⁵. Si bien las dos últimas disposiciones analizadas son también consideradas en la normativa nacional, nuestra Ley no prevé parámetros a la bonificación del puntaje del promotor privado.

Otro factor que no es considerado en la normativa nacional es prever el accionar en el caso de que se declare desierto el procedimiento y la entidad decida no

¹⁸³ *Ibíd.* artículos del 13 al 25.

¹⁸⁴ *Ibíd.* art. 30.

¹⁸⁵ *Ibid.* art. 31.

adquirir los derechos sobre el proyecto, por su parte la Ley de Asociaciones Público-Privadas de los Estados Unidos Mexicanos, en el séptimo inciso del artículo 31 establece que la entidad cancelará el certificado emitido para el efecto y devolverá al promotor los estudios presentados.

El Capítulo Cuarto de la Ley de Asociaciones Público-Privadas de los Estados Unidos Mexicanos, determina las reglas que deberán observarse para el desarrollo del concurso público, elemento de gran envergadura pues la Ley establece de forma general los requisitos y parámetros que las dependencias o entidades competentes deberán observar, como la elaboración de las bases del concurso, además prevé que el concurso pueda desarrollarse a través de medios electrónicos, observando los principios de legalidad, libre concurrencia y competencia, objetividad e imparcialidad, transparencia y publicidad; y, en igualdad de condiciones para todos los participantes; al mismo tiempo señala que en los concursos podrán participar toda persona nacional o extranjera. Determina además de forma acertada quienes no podrán participar en los concursos ni recibir adjudicaciones para el desarrollo de proyectos de asociación público-privada¹⁸⁶.

La sección segunda del Capítulo Cuarto de la Ley en análisis determina los requisitos y elementos que se deberán considerar en la convocatoria y bases del concurso, incluye además las causales para descalificar a los participantes; la sección tercera establece la fase de consultas y aclaraciones y el plazo para la presentación de las propuestas; la sección cuarta determina los parámetros de evaluación de las ofertas, aceptando como válidos los mecanismos de “puntos y porcentajes, criterios de costo- beneficio, o cualesquiera otros, siempre que sean claros, cuantificables y permitan una comparación objetiva e imparcial de las propuestas”¹⁸⁷. Las bases del concurso prevén la fase de aclaraciones en la cual se podrá solicitar información adicional previa a la adjudicación del proceso.

El artículo 55 de la Ley determina que la entidad elaborará un dictamen debidamente motivado que servirá de base para el fallo, el cual se dará a conocer en junta pública y se publicará en la página de difusión electrónica, esto en el plazo previsto en las bases del concurso; la Ley además prevé en su artículo 59 los medios

¹⁸⁶ Ibid. art. 38, 40, 41 y 42.

¹⁸⁷ Ibid. art. 52.

de impugnación contra el fallo que son: 1.- recurso administrativo; o 2.- juicio contencioso administrativo federal¹⁸⁸.

La sección quinta del Capítulo Cuarto determina los actos posteriores al fallo, como la firma del contrato y las consecuencias que conllevaría la no firma del mismo. Por otra parte, la sección sexta establece los casos de excepción al concurso y la aplicación de procedimientos de invitación a por lo menos tres personas y de adjudicación directa, que será en los siguientes casos: 1.- Que en el mercado solo exista un posible oferente. 2.- Cuando se ponga en riesgo la seguridad nacional o la seguridad pública (fines militares o de la armada). 3.- Circunstancias que puedan provocar costos adicionales importantes. 4.- Cuando se haya rescindido un proyecto adjudicado antes de su inicio, en cuyo caso se adjudicará al concursante que haya quedado segundo en el orden de prelación. 5.- Por terminación anticipada o rescisión de un proyecto. 6.- Celebración de una alianza estratégica con personas morales dedicadas a la ingeniería, investigación y desarrollo de tecnología¹⁸⁹.

La Ley establece además el procedimiento para el caso de proyectos que requieran de la expropiación de inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto. La sección segunda del Capítulo Sexto habla sobre los contratos de asociaciones público-privadas, su contenido, objeto, derechos y obligaciones del desarrollador (concurante adjudicado), plazos, prórrogas, garantías de ser el caso, exigencia de prestaciones, subcontratación, cesión de derechos del contrato, entre otros¹⁹⁰. Por su parte el Capítulo Séptimo abarca la ejecución de los proyectos, tanto en el caso de ejecución de obras como en la prestación de servicios, además la intervención en los proyectos cuando a juicio de la dependencia o entidad competente el desarrollador haya incumplido en sus obligaciones¹⁹¹.

El Capítulo Octavo prevé las circunstancias con base a las cuales se podrá admitir modificaciones en los proyectos de asociaciones público-privadas. El Capítulo Noveno por su parte incluye las causales de terminación de los contrato de APP, como la cancelación, abandono o retraso en la ejecución de la obra; la no prestación de los servicios contratados y la revocación de la autorización para la prestación de los servicios (en los casos de proyectos que requieran de

¹⁸⁸ Ibid. art. 55 y 59.

¹⁸⁹ Ibid. art. 60 al 64.

¹⁹⁰ Ibid. art. 91 al 103.

¹⁹¹ Ibid. art. 104 al 116.

autorización)¹⁹². La entidad encargada de la supervisión del desarrollo de los proyectos de asociaciones público-privada, en todas sus fases es la Secretaría de la Función Pública¹⁹³.

El Capítulo Undécimo determina las infracciones y sanciones tanto de servidores públicos como de los particulares concursantes, finalmente el Capítulo Duodécimo señala el proceso a seguir en caso de controversias, por divergencias entre las partes¹⁹⁴.

Como se puede apreciar luego de este breve análisis, la Ley de Asociaciones Público-Privadas de los Estados Unidos Mexicanos, tiene una buena estructura que abarca todas fases de un Proyecto APP, desde la fase preparatoria ya sea por iniciativa de una entidad solicitante o por parte de la iniciativa privada, para llegar a la fase del concurso público o a la aplicación de procedimientos de invitación al menos a tres personas; o, los casos de adjudicación directa, hasta llegar al fallo de adjudicación, firma de contrato, ejecución, terminación de contrato y el proceso en caso de existir controversias.

En el caso de la normativa ecuatoriana, si bien el Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada, determina el procedimiento a seguir en el caso de iniciativas privadas, no contamos con una Ley que determine de forma clara todas las fases para la adjudicación de un proyecto APP, en especial el procedimiento a seguir para el concurso público y sus excepciones, hasta llegar a la adjudicación, firma del contrato, ejecución del proyecto, terminación de la relación contractual y la solución de controversias.

¹⁹² Ibid. art. 122.

¹⁹³ Ibid. art. 125.

¹⁹⁴ Ibid. art. 134 al 143.

Conclusiones

El desarrollo del presente trabajo de investigación ha permitido comprender mejor la figura de las asociaciones público-privadas, y como esta figura es concebida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, de este estudio y análisis se permite exponer las siguientes conclusiones:

- En cuanto a la definición de la figura, lo que se pudo evidenciar es que no existe una definición general de la misma, sin embargo, sus características esenciales sí son de carácter general, como por ejemplo: la relación relativamente larga de las mismas, el modo de financiamiento y la distribución de los riesgos entre el gestor público y el gestor privado.
- En cuanto a la figura de la concesión, se llegó a establecer que es una modalidad de asociación público-privada; cuya diferencia sustancial es la repartición de los riesgos; en la concesión el riesgo recae sobre el concesionario; por su parte, en las asociaciones público-privadas el riesgo se reparte entre el gestor privado y la entidad delegataria.
- Del análisis desarrollado, de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, el gobierno central o los gobiernos autónomos descentralizados podrán intervenir bajo la modalidad de asociaciones público-privadas, en proyectos públicos a desarrollarse en los sectores de interés general y excepcionalmente en servicios públicos propios que se encuentren debidamente regulados en la ley y sean provistos por el gobierno central o los GAD.
- Del análisis constitucional del artículo 288 de la Constitución de la República en el marco del Acuerdo Comercial Multipartes firmado con la Unión Europea, es importante se tome en cuenta que para la contratación de proyectos bajo la modalidad de asociaciones público-privadas, en la medida que se trate de contratos de concesión de obra pública o bajo modalidad de contrato de construcción, operación y transferencia BOT, se deberá observar de manera obligatoria lo establecido en el Acuerdo Comercial Multipartes, e

incluso en el caso de existir contradicción con leyes orgánicas, por jerarquía normativa, se deberá aplicar lo establecido en el acuerdo en mención.

- De conformidad a la Sentencia Interpretativa N° 001-12-SIC-CC, de la Corte Constitucional para el periodo de transición, a las empresas públicas no se les está permitido delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de servicios públicos, pues solo tendrán la facultad de gestionarlos.
- En cuanto a la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, es importante tomar en cuenta que su objetivo es el establecimiento de incentivos tributarios para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de asociaciones público-privadas, por tanto no es una Ley de APP propiamente dicha.
- Existe una proliferación cuerpos normativos que no estructuran de forma adecuada la figura de las asociaciones público-privadas, que denotan la importancia de contar con una ley que abarque de forma correcta todas las fases del procedimiento de una asociación público-privada.
- La normativa legal vigente en relación a las asociaciones público-privadas, no consideran de forma adecuada los principios de seguridad jurídica y transparencia.
- Las entidades delegantes deberán incorporar en las bases del concurso parámetros que les facilite determinar cuándo una oferta económica puede ser desproporcionada.
- Un punto que denota relevada importancia dada las características y complejidad de los proyectos de asociaciones público-privadas, es la evaluación previa que deberán realizar las entidades delegantes, a fin de determinar que la modalidad APP genera más valor respecto de otros procedimientos de contratación pública.
- En nuestro país dado el incipiente desarrollo de proyectos público-privados, requiere se analice la experiencia de otros países en la ejecución de proyectos APP, a fin de aprender de las mismas y minimizar los riesgos. Por otra parte es importante que las entidades cuenten con personal capacitado y poder suficiente para la toma de decisiones que permita el desarrollo eficiente de los proyectos.

- Es necesario que exista una entidad gubernamental que se encargue de la promoción, seguimiento y control de los proyectos APP, y no solo de su aprobación y registro de contratos como sucede actualmente.

Recomendaciones

Una vez analizada la figura de asociación público-privada, desde la perspectiva histórica, se estudiaron sus características, modalidades y ventajas, además de haber realizado un análisis de la figura en la legislación ecuatoriana y las experiencias de otros países, podemos esbozar las siguientes recomendaciones a fin de fortalecer y estructurar de forma adecuada la figura a nivel normativo, que permita generar un marco jurídico estable para su aplicación.

En esta línea, uno de los principios del derecho universalmente reconocido y de gran connotación dentro de un proyecto de asociación público-privada, es la seguridad jurídica, dada la relación relativamente larga y los altos costos que dicha modalidad implica. Sobre el tema es importante recordar también que uno de los elementos sustanciales de un proyecto APP, es la distribución efectiva de riesgos, considerando que generalmente es el sector privado quien asume los riesgos de construcción y operación del proyecto, no solo por ser quienes están a cargo de dichas fases, sino porque pueden manejar de forma más eficiente los procesos que implican. De lo expuesto, fácilmente se deduce que la relación entre el sector público y el privado requiere de un alto grado de certeza, misma que solo se puede fomentar si se respeta el principio de seguridad jurídica.

Al respecto Edher Castro Ortega señala: “Expuestos los puntos acerca de la seguridad jurídica se puede observar que ésta se encuentra íntimamente ligada a la idea del derecho positivo, es decir, con el derecho establecido en normas, de ahí que las corrientes iuspositivistas la consideren como la esencia fundamental del derecho”¹⁹⁵. La Constitución de la República en su artículo 82 establece brevemente el derecho a la seguridad jurídica, fundamentada en el respeto a la Constitución y a las normas jurídicas previas y públicas¹⁹⁶, por tanto el estado tiene la obligación de respetar y vigilar se respete el principio de la seguridad jurídica, pues no se podría hablar de seguridad o certeza si la aplicación de las normas quedan al arbitrio de las autoridades de turno, más aun cuando no se cuenta con un marco jurídico estable, pues nos expone a pretensiones e intereses de quienes ejercen el poder.

¹⁹⁵ Edher Castro, “La justicia, el orden social y la seguridad jurídica”, *Revista Electrónica Méthodos* (Comisión de Derechos Humanos del distrito Federal), n° 14 (junio de 2018): 55–76. 71.

¹⁹⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador* (Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008). art. 82.

De aquí la importancia de contar con una ley que abarque todo el procedimiento de contratación de un proyecto de asociación pública-privada, desde su inicio, fase a la cual se le podría denominar: fase de preparación de los proyectos APP, hasta su culminación, que podría ser la prestación de un servicio público o la ejecución de una obra de infraestructura.

Otro principio a considerar dentro de la figura de asociaciones público-privadas, es el principio de transparencia, esencial a lo largo del desarrollo del proyecto, pues como ya se mencionó anteriormente, se trata de proyectos costosos que implican un considerable tiempo de ejecución, por tanto la información y documentación relativa al proyecto deberá ser de libre acceso no solo para los entes de control, sino para la ciudadanía en general. Una de las herramientas necesarias para la correcta aplicación del principio de transparencia, es la utilización de las TIC- Tecnologías de la Información y la Comunicación, pues con el desarrollo de una plataforma específica se publicitarían todas las fases del proyecto, se simplificarían los procedimientos, se manejarían tiempos reales, se reduciría la utilización de papel, lo que sin duda implica un beneficio ambiental; por ello, indudablemente la utilización de las TIC, generan mayor transparencia.

La Corporación Andina Fomentos – CAF, señala que, “El éxito de las APPs exige que el gobierno cuente con personal capaz, con salarios adecuados al nivel de sus responsabilidades y con poder suficiente para empujar los proyectos desde el lado del sector público”, este es un reto importante que deberá asumir el gobierno, a fin de contar con equipos multidisciplinarios preparados y con la aptitud suficiente para que apoyen al desarrollo de los proyectos APP.

A lo largo del presente trabajo de investigación se hizo notar la importancia de realizar una depuración de los cuerpos normativos vigentes a la fecha sobre las asociaciones público-privadas, a fin de evitar la dispersión normativa que genera más confusiones; y, a su vez la necesidad de contar con una ley que determine el procedimiento y los procesos que estos deberían observar para llevar a cabo el concurso público de selección del gestor privado. En virtud de lo expuesto y con el fin de contar con un marco jurídico sólido, señalo, con carácter de recomendación, las fases que la Ley debería contener; para lo cual me permito tomar como referencia la normativa mexicana, por considerar que abarca de forma adecuada todas las fases para el desarrollo de un proyecto de asociación público-privada.

Para iniciar la Ley debe regular de forma clara y concreta desde la fase previa a la selección del gestor privado, esto es definir los requisitos y pasos a seguir de las iniciativas, sean estas públicas o privadas, hasta la obtención de las respectivas autorizaciones; en este punto se podría considerar la normativa constante en el Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privado, realizando ciertos ajustes necesarios, como es el caso de reducir el tiempo para la evaluación del interés público de la iniciativa privada y el tiempo para el análisis de la viabilidad de la iniciativa privada, que en la actualidad de acuerdo al reglamento en mención puede llegar a un año contado desde la presentación inicial. En cuanto a las iniciativas privadas, es importante establecer un rango para la bonificación que recibiría el proponente en caso de participar en el concurso, para así evitar subjetividades en la calificación previa a la adjudicación del proyecto.

Una vez regulada la fase previa que culminaría con la autorización por parte del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, o por la entidad delegante de los GAD, en el caso de proyectos que no contemplen el régimen de incentivos de la Ley APP; la ley debería regular el procedimiento para el concurso público de selección del gestor privado, dentro de esta fase es importante la estructuración de las bases del concurso a través de un modelo de pliego que desde las condiciones generales aplicables a todo proyecto, pueda llegar a las condiciones particulares que demande la naturaleza de cada proyecto. Para la elaboración del pliego, será necesaria previamente la conformación de una comisión técnica multidisciplinaria que tendrá competencia desde la elaboración del pliego y demás documentos precontractuales, hasta la elaboración del informe final de recomendación de adjudicación o declaratoria de desierto del proyecto.

Una vez aprobado el pliego por la máxima autoridad de la entidad delegante, se deberá abordar los términos de la convocatoria, el establecimiento de un cronograma en el que se deje constancia de las fechas máximas para cada fase del concurso, como: las preguntas y aclaraciones (en caso de requerir), tiempo máximo para la entrega de las ofertas, revisión de las mismas, convalidación de errores (si fuera el caso), calificación de las ofertas según parámetros establecidos en las bases del concurso, causales de descalificación y el establecimiento de inhabilidades, contemplar una fase de negociación siempre y cuando los puntos a tratar sean en beneficio de los usuarios del servicio público o de la infraestructura a construir; todos

estos puntos hasta llegar a la selección del gestor privado mediante la adjudicación del proyecto.

Ahora bien, en este punto es importante que la ley establezca la opción de declaratoria de desierto del concurso, determinando las causales para dicha declaración y permitiendo que la entidad delegante pueda archivar el proyecto o disponer la reapertura del mismo.

Una vez seleccionado al gestor privado y adjudicado el proyecto, la ley deberá señalar los parámetros mínimos que todo contrato deba contener, como la obligación de contar con un equipo para la administración del contrato, contemplar la participación de un equipo de fiscalización para el caso de obras de infraestructura y de un ente supervisor del proyecto; además el contrato debe contener la o las cláusulas relativas a la aplicación de multas por incumplimiento; y, contemplar los requisitos previos para la firma del mismo, como la entrega de garantías, además deberá establecer el plazo máximo para la firma del contrato. Al tratarse de contratos de gran envergadura es necesario que la ley regule los casos de subcontratación.

En el caso que el proyecto contemple la adquisición de bienes inmuebles, necesarios para satisfacer las necesidades de la colectividad, la ley deberá regular el procedimiento para la declaratoria utilidad pública, la negociación y el pago del precio justo, sobre este tema la ley podría remitirse a lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública. Sobre este punto es sustancial que las entidades delegantes inicien el proceso de contratación de un proyecto APP, cuando los bienes inmuebles ya hayan sido declarados en utilidad pública y se haya finalizado el proceso de expropiación, a fin de que estos procesos no interrumpan el desarrollo normal del proyecto APP.

Un punto importante que la ley debe abarcar para la correcta ejecución de un proyecto APP, es regular los casos en los que se permitirá modificaciones a los proyectos, mismas que deberían estar sustentadas en razones técnicas, jurídicas o económicas; por otra parte, debería establecerse de forma clara en qué casos se podrá otorgar prórrogas a los proyectos. Además, se deberá establecer las competencias del administrador del contrato, del grupo fiscalizador y del ente supervisor, a fin de que exista un correcto control en la ejecución del proyecto, que permita tomar las correcciones a tiempo o la intervención de la entidad delegante en caso de incumplimiento por parte del gestor privado.

Otro tema importante a regularse en la ley es, la terminación de los contratos de asociación público-privada, dentro de este tema se deberán definir las causales y efectos de la terminación, así como si la terminación es de mutuo acuerdo o si se trata de una terminación unilateral por incumplimientos del gestor privado, facultad que tiene la administración pública a través de las conocidas cláusulas exorbitantes; ahora bien, al tratarse de un proyecto de asociación público privada, donde los riesgos son distribuidos entre las partes y el sector privado deja de ser un mero contratista y pasa a ser un socio en la relación contractual, podría existir una terminación anticipada por incumplimiento de la entidad delegante, por excepción las partes no serían responsables del incumplimiento, si el mismo se origina por razones de fuerza mayor o caso fortuito, según lo previsto en el artículo 30 del Código Civil. En los casos de terminación unilateral obligatoriamente se dejará constancia de la liquidación de los trabajos realizados y las multas que hubiese que aplicarse.

Finalmente, un tema que abarcaría un capítulo es la solución de controversias, para lo cual siempre se enfatizará en la solución directa y amistosa, solo en el caso que no sea factible llegar a un acuerdo las partes podrán recurrir a los siguientes procesos en ese orden, la mediación y el arbitraje; o, en el caso que las partes así lo decidan, la resolución de su conflicto se someterá en vía judicial ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Es importante enfatizar en la necesidad de contar con un marco jurídico estable que permita a la administración pública contar con un mecanismo de contratación, mediante el cual puede seleccionar a socios estratégicos que le permitan alcanzar sus objetivos de una manera más eficiente, un marco jurídico que guíe de manera adecuada todas las fases del procedimiento a fin de evitar subjetividades y direccionamientos que vayan en desmedro del interés público.

A lo largo del presente trabajo de investigación se evidenciaron las limitaciones normativas de las asociaciones público-privadas en el Ecuador, a fin de que éstas puedan ser subsanadas, entre otros mecanismos, a través de un marco jurídico estable que fortalezca la figura y permita su correcta aplicación en procura del interés público. Espero que, con las sugerencias precedentes, dicho objetivo pueda tener un cauce positivo que viabilice su cumplimiento.

Bibliografía

- Acerete, José. “Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas”. Universidad de Zaragoza, 2004.
- . “Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas”. Universidad de Zaragoza, 2004.
- Acosta Espinoza, Alberto, Mario Alemán, Iliana Almeida, Betty Amores, y Enrique Ayala. *Léxico Político Ecuatoriano*. Quito: Instituto Latinoamericano de investigaciones sociales ILDIS, 1994.
<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/51376.pdf>.
- Acosta, Pablo. “El interés general como principio inspirador de las políticas públicas”. *Administración al día*, 2016.
- Aguirre, Juan. “Contratación pública ecuatoriana en el acuerdo comercial con la Unión Europea”, *Revista de Derecho Foro (Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional)*, n° 25 (primer semestre de 2016): 148.
- Baldeón, Inés María. “Las Asociaciones Público Privadas (APP) en el Marco Jurídico Ecuatoriano”, *Revista de Derecho Foro (Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional)*, n° 25 (primer semestre de 2016): 148.
- Bernal, Miguel Ángel. “La colaboración público-privada institucional”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2010, 93–138.
- Campos, Miguel Ángel. “Los contratos de colaboración público-privada y la reforma del derecho administrativo”. Doctoral, Universidad de Granada, 2017.
- Casado, Fernando. *Alianzas Público - Privadas para el desarrollo*. Madrid: Fundación Carolina - CeALCI, 2007.
- Castro, Edher. “La justicia, el orden social y la seguridad jurídica”, *Revista Electrónica Méthodos (Comisión de Derechos Humanos del distrito Federal)*, n° 14 (junio de 2018): 55–76.
- Castro Estrada, José. “Colección Lecturas Jurídicas”. *La teoría del servicio público en el derecho mexicano.*, *Revista de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional Autónoma de México)*, n° 5 (2002): 12.
- Conde, Marta, Josep Nualart, Mónica Guiteras, y Alfons Pérez. “Historia Repetida. Cómo fracasan las asociaciones público-privadas”. Eurodad, octubre de 2018.
- Dresdner, Rossana, ed. *Concesiones de Obras Públicas en Chile. 20 años*. Santiago de Chile: División de Estudios y Análisis Financiero, CCOP-MOP, 2016.
- Ecuador. *Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra y anexos*. Registro Oficial 808, Edición Especial, 23 de diciembre de 2016.
- . “Código Orgánico Administrativo”. Registro Oficial Suplemento 31 de 07 de julio de 2017.
- . *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010.
- . *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 183, 05 de mayo de 1993.
- . *Decreto Ejecutivo 7*. Registro Oficial 16, Segundo Suplemento, 16 de junio de 2017.
- . *Decreto Ejecutivo 64*. Registro Oficial 36, Segundo Suplemento, 14 de julio de 2017.
- . *Decreto Ejecutivo 186*. Registro Oficial 109, Segundo Suplemento, 27 de octubre de 2017. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7266/S02297_es.pdf;jsessionid=B8EF6BCCA7D9DC330CF139088B8D3505?sequence=1.
- . *Decreto Ejecutivo 582*. Registro Oficial 453, 06 de marzo de 2015.
- . *Decreto Ejecutivo 617*. Registro Oficial 392, Suplemento, 20 de diciembre de 2018.
- . *Decreto Ejecutivo 810*. Registro Oficial 494, 19 de julio de 2011.
- . *Decreto Ejecutivo 973*. Registro Oficial 736, Suplemento, 19 de abril de 2016.
- . *Decreto Ejecutivo 1006*. Registro Oficial 760, Suplemento, 23 de mayo de 2016.
- . *Decreto Ejecutivo 1040*. Registro Oficial 786, 29 de junio 2016.
- . *Decreto Ejecutivo 1121*. Registro Oficial 835, Suplemento, 7 de septiembre de 2016.
- . *Decreto Ejecutivo 2328*. Registro Oficial 581, Suplemento, 02 de diciembre de 1994.
- . *Ley de Compañías*. Registro Oficial 312, 05 de noviembre de 1999.
- . *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada*. Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.
- . *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*. Registro Oficial 652, Suplemento, 18 de diciembre de 2015.
- . *Ley Orgánica Empresas Públicas*. Registro Oficial Suplemento 48, 16 de octubre de 2009.
- . *Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*. Registro Oficial 309, Suplemento, 21 de agosto de 2018.
- Ecuador Banco Central. “Reporte del Sector Petróleo”, IV Trimestre de 2016.
- Ecuador CIAPP. *Resolución No. 001-2016*. Registro Oficial 713, 16 de marzo de 2016.
- . *Resolución No. CIAPP-R-009-ABRIL-2017*. Registro Oficial 11, Edición Especial, 07 de junio de 2017.
- Ecuador Corte Constitucional. *Dictamen No. 009-16-DTI-CC*. Registro Oficial 900, Suplemento, 12 de diciembre de 2016.
- Ecuador Corte Constitucional para el período de transición. “Sentencia No. 001-12-SIC-CC”, Caso N° 0008-10-IC.
- . “Sentencia No. 001-12-SIC-CC”, Caso N° 0008-10-IC.
- Ecuador GAD-MDMQ. *Ordenanza Metropolitana No. 539*. Concejo Metropolitano de Quito, 17 de abril de 2014.

- Ecuador Ministerio de Transporte y Obras Públicas. “Proyectos de Asociación Público Privada”, 30 de agosto de 2018.
- España. “Diccionario de la lengua española”. *Real Academia Española*, <http://dle.rae.es/?id=XhXvJqs>.
- . *Ley 9/2017 Contratos del Sector Público*. BOE No. 272 de 09 de noviembre de 2017.
- Fernández, Jorge. *Derecho administrativo*. México DF: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, la Secretaría de Gobernación, y el Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2016.
- Garrido, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. 12^a ed. Vol. II. Madrid: Tecnos Grupo Anaya S. A., 2006.
- González García, Julio. “Contrato de colaboración público-privada”. *Revista de Administración Pública*, n^o 170 (2006): 7–39.
- González, Nuria, ed. “Common Law: Especial referencia a los Restatement of the Law en Estados Unidos”. En *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. II: Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos*, Vol. II. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/19.pdf>.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 8^a ed. II vols. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006.
- Grahame, Allen. “The private finance initiative (PFI)”. *House of Commons Library*, 2003, 03–79.
- Hernández Ucrós, María Monica. *Asociaciones público privadas: Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2014.
- Hertel, Christian. “Sistemas y familias jurídicos del mundo”. *Notarius International* 12 (2009): 185–200.
- Huilca Cobos, Rita. “La concesión de servicios públicos en nuestra legislación”. En *Nuevas Instituciones de la Contratación Pública*, 16:214. Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2001.
- Islas, Roberto. “Sobre el principio de legalidad”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n^o 1510 (2009): 108.
- Luna Serrano, Agustín. *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del derecho*. Madrid: DYKINSON, S.L., 2015.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.
- Martín, Isaac, y Marco Almeida ed. “La nueva contratación pública”, 307. Toledo, 2014.
- Martínez, Rubén. *La contratación pública electrónica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- Matilla, Andry. “Derecho administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica”. En *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, 709. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- México. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial No. 30, 05 de febrero de 1917.
- México. *Ley de Asociaciones Público-Privadas*. Diario Oficial de la Federación de 16 de enero de 2012.

- Moore, Mark. “Reforma y Democracia”. *Creando valor público a través de asociaciones público-privadas*, Revista del CLAD, n° 34 (2006): 22.
- Moreno, Lenin. “La situación es crítica”. *El Universo*, 28 de julio de 2017.
- Ocampo, José Antonio, Bárbara Stallings, Inés Bustillo, Helvia Beloso, y Roberto Frenkel. *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica*. Santiago de Chile: CEPAL Naciones Unidas, 2014. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36761/S20131019_es.pdf.
- Paredes Vásquez, Fredi. *Los caminos en el Ecuador, historia y desarrollo de la vialidad*. Quito: Anaconda Comunicación SIM, 2009.
- Pérez Alegre, Virginia, y Javier García. *Ley de contratos del sector público*. Madrid: Dykinson, 2011.
- Pérez, Karla. “Igualdad ante la ley”. En *Principio de Igualdad - Alcances y Perspectivas*, 255. México DF: Universidad Autónoma de México, 2005.
- Rebollo Fuente, Andrés. “Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público –Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general”. Informe de consultoría sobre las asociaciones público-privadas (APP) en España. Madrid: Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2009.
- Robalino, Javier, ed. “El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador”. En *Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, 300. Quito: Colegio de Jurisprudencia USFQ, 2006.
- Robalino Orellana, Javier. “Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”, *Revista de Derecho Foro* (Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional), n° 13 (2010): 166.
- Rodríguez, Jaime. “El interés general en el derecho administrativo: notas introductorias”. *Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo* 11 (2012): 70–93.
- Rojas, Enrique. “El debido procedimiento administrativo”. *Revista Derecho PUCP*, n° 67 (2011): 188.
- Rotondo, Felipe. “Derechos fundamentales y derecho administrativo”. *Revista de Derecho Público*, n° 47 (julio de 2015): 87–102.
- Rufián, María Dolores. “Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú”. *ILPES-Naciones Unidas, Gestión Pública* No. 16, 2002, 72.
- Toro, Julio. “Experiencia chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de Servicios Públicos”. Informe de consultoría. Santiago de Chile: Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2009.
- Vargas, Jorge. “Marco Constitucional de las concesiones administrativas (artículo 28)”. En *La Constitución y el Derecho Administrativo*, 229. México DF: Universidad Autónoma de México, 2015.
- Vassallo, José, y Rafael Izquierdo de Bartolomé. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Corporación Andina de Fomento, 2010.
- Vassallo, José Manuel. *Asociación público privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*. Bogotá: CAF, 2015.
- Yanome, Mauricio. “El concepto de servicio público y su régimen jurídico en México”. En *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, 709. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

