

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho de la Empresa

**Solución de conflictos en los contratos de diseño, financiamiento,
construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-
privadas**

Justo Santiago Villarreal López

Tutora: Lina Victoria Parra Cortés

Quito, 2022



Cláusula de cesión de derechos de tesis

Yo, Santiago Villarreal López, autor de la tesis intitulada, “Solución de conflictos en los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las Asociaciones Público-Privadas”, 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 Magister en Derecho de la Empresa 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 los formatos virtual, electrónico, digital, 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.

Quito, 20 de enero de 2022

Firma:

Resumen

Esta investigación de tesis analiza la solución de conflictos en los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas, a propósito de la nueva normativa nacional que aprobó en 2015 la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extrajera y la puesta en vigencia -en 2020- del reglamento de las asociaciones público-privadas, con el fin de estimular las alianzas entre el sector público y el privado en la construcción de la gran infraestructura y la prestación eficiente de servicios a la ciudadanía. Los objetivos de esta investigación se encaminan a la descripción de la naturaleza jurídica de este tipo de contratos, al señalamiento de los conflictos que surgen en las diferentes etapas de su ejecución, al análisis de los diferentes métodos alternativos de solución de conflictos aplicables a los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas, al estudio de las ventajas de utilizar estos nuevos métodos, así como a proponer alternativas de solución de controversias para el tratamiento de las eventualidades que pueden suscitarse en estos contratos. Para cumplir con los objetivos propuestos se aplicó una investigación de tipo lógico-deductivo y descriptivo-crítico. Se tomaron como base fuentes bibliográficas que se referían al tema tratado, con datos explicativos y rigor en su tratamiento, así como la normativa comparada que permite contextualizar a la figura jurídica de la delegación en otras naciones y su devenir en Ecuador. En el país es una figura que tiene poco recorrido, ya que ha primado la privatización, pero a partir de 2015 ha recibido un fuerte impulso legislativo. Como resultado de esta indagación teórica y normativa se ha podido constatar que, en primer lugar, en Ecuador la figura de la delegación, que permite los contratos de alianzas público-privadas (APP), ya existía desde 1992, pero no había sido usada ni suficientemente normada hasta el último quinquenio. Se concluye, asimismo, que las APP en los sistemas democráticos modernos fueron una creación del gobierno conservador de Margaret Thatcher, producto de una ideología que considera lo público como ineficiente por definición. Se recomienda que las leyes que las normen sean más claras en su redacción y se posicionen a favor del bien colectivo y no del gran capital.

Palabras clave: derecho administrativo; asociaciones público-privadas; solución alternativa de conflictos; contratos públicos.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar -sede Ecuador- y a sus excelentes profesores, por la gran labor que realizan para el impulso al desarrollo académico de la sociedad ecuatoriana.

Un agradecimiento personal a las doctoras Lina Parra Cortés y a María Elena Jara, quienes han coordinado académicamente de manera exitosa a todos los estudiantes de la Maestría en Derecho de la Empresa.

Para mi madre, Marcia López Guerrero, porque su perseverancia ha dado frutos, concluyendo con su dura tarea de guiar a un hijo por el sendero de la educación. Para ti, por tu incondicionalidad.

Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo primero: Contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas	15
1. Las asociaciones público-privadas como institución jurídica	15
2. Contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas	26
3. Riesgos en los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas	31
4. Conflictos que surgen en los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas	38
5. Contratos de colaboración público-privada en el Ecuador	39
6. El caso Coca Codo Sinclair	48
Capítulo segundo: Mecanismos de solución de controversias en el contexto de los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas	51
1. El uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos	51
2. Negociación directa	53
3. Mediación	55
4. <i>Dispute board</i>	60
4.1 Los contratos internacionales de obras, los FIDIC y los <i>dispute boards</i>	64
5. El arbitraje	68
6. Medidas de prevención de controversias	73
Conclusiones.....	77
Recomendaciones	83
Bibliografía.....	85

Introducción

Esta tesis estudia los métodos alternativos de solución de conflictos en las controversias que pueden darse en los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas. Estas asociaciones se han constituido desde la década de los noventa del siglo XX en una figura del derecho administrativo que permite a la iniciativa privada participar en actividades consideradas hasta entonces áreas estratégicas, por tanto, espacios monopólicos del Estado. Se crean para la construcción de grandes obras de infraestructura y la prestación de servicios a la ciudadanía, y se caracterizan por ser de muy larga duración.

Para estudiar el tema en cuestión este texto ha dividido su desarrollo en dos capítulos, más conclusiones y recomendaciones. En el primero se abordan las definiciones sobre las asociaciones público-privadas y se establece la condición jurídica de esta clase de contratos; asimismo, se mencionan los riesgos de los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en esta modalidad de colaboración entre el Estado y la empresa privada, esto con la finalidad de analizar los conflictos que pueden presentarse en este tipo de contratos. Para finalizar el capítulo, se hace una sucinta revisión del devenir de la figura jurídica de la delegación y de los contratos de las asociaciones público-privadas en el país, que cuenta con una ley que los permite desde 1992.

El capítulo segundo trata de los mecanismos de solución de controversias en el contexto de los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas, ya que en la actualidad los conflictos que se dirimen en los tribunales de la justicia ordinaria tardan un lapso de tiempo excesivamente largo, lo que perjudica a ambas partes, puesto que paralizar una obra o un servicio implica el pago de haberes a empleados y proveedores, además del perjuicio a los usuarios que puede dar lugar a indemnizaciones. En cambio, con el surgimiento de los diversos métodos alternativos de solución de controversias, las partes pueden acudir a una instancia más cercana, más barata y más rápida. Adicionalmente, el hecho frecuente de que las partes participantes en este tipo de contratos no se hallen sujetas a las mismas jurisdicciones, por ser internacionales en su composición, merma la capacidad jurisdiccional del país en el que se presenta el caso, lo que hace a los métodos alternativos una solución cada vez más asequibles y eficientes. En este capítulo se

analizan los cuatro métodos más conocidos y utilizados en la solución de controversias, que son: la negociación directa, la mediación, las *dispute boards* y el arbitraje; asimismo, se plantean un conjunto de medidas para prevenir los conflictos.

Al llegar al final de esta investigación se ha podido concluir que las asociaciones público-privadas cuentan entre los analistas con dos posiciones opuestas: por un lado, un grupo considera que solucionan problemas de eficiencia al hacerse cargo de tareas que el Estado, con su tradicional incompetencia, no puede llevar a cabo; por el otro, hay quienes asumen la delegación de tareas del Estado en entidades privadas como una forma de beneficiar a los capitalistas con los recursos públicos, ya que no es cierto que este sea ineficiente por definición. En cualquier caso, es innegable que las cantidades de dinero que hay en juego en los contratos de APP son realmente cuantiosas. Y por ello se recomienda en esta investigación que las leyes que norman estas relaciones contractuales de naturaleza mixta introduzcan cláusulas que protejan los recursos públicos y no los privados.

Capítulo primero

Contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas

Las asociaciones público-privadas son una figura del derecho administrativo que se constituye en un punto intermedio entre la provisión de obras y servicios como una obligación del Estado establecida en la Constitución y la participación de la empresa privada en proyectos concretos en condición de socia estatal, sin que ello implique privatización de sectores estratégicos. Este tipo de cooperación entre las áreas pública y privada se conoce como una tercera vía entre la liberalización que propone la derecha y la estatización que propugna la izquierda.

En el desarrollo de este capítulo se abordarán, en primer lugar, la definición sobre las asociaciones público-privadas y los principios de los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en esta modalidad de colaboración entre el Estado y la empresa privada, esto con la finalidad de analizar los mismos en apego al ordenamiento jurídico que tiene el país, enfocándose este estudio principalmente en los riesgos y conflictos que surgen en cada una de las etapas que se desarrolla el proyecto. A continuación se tratan los contratos de este tipo de asociaciones en su marco teórico y conceptual, los riesgos y los conflictos que pueden presentarse en los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas.

1. Las asociaciones público-privadas como institución jurídica

El concepto de asociación público-privada (APP) se refiere a contratos de larga duración firmados entre el sector estatal y el privado con el fin de proveer a la ciudadanía (o a una parte de ella) de servicios o infraestructura, cuya provisión es deber del Estado.¹ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) la conceptúa como:

Las asociaciones público-privadas (APP) son acuerdos contractuales de largo plazo entre el gobierno y un socio del sector privado en relación con el suministro y el financiamiento

¹ Alberto Mayorga Ríos, *Las Asociaciones Público Privadas como alternativa de financiamiento para las entidades federativas* (Ciudad de México: Centro de Estudios de las Finanzas Públicas / Cámara de Diputados, 2016), 5.

de infraestructura y servicios públicos, en los que se comparten los riesgos del proyecto. En la mayoría de los casos el socio privado es el responsable del diseño, de la construcción, del financiamiento de la operación, de la gestión y de la provisión del servicio público, mientras que el gobierno provee los pagos para el suministro de infraestructura y servicios.²

Un ejemplo de esto pueden ser las autopistas (o carreteras) de peaje, donde el sector privado ofrece a los habitantes de una demarcación geográfica y a quienes deben transitar por allí carreteras en buen estado a cambio de un precio módico cada vez que hacen uso de ellas para dirigirse a un destino que pasa por allí, tarifa que la empresa concesionaria negocia con el Estado.

La Corporación Interamericana de Inversiones asevera que, en este contrato a largo plazo entre una entidad privada y un ente gubernamental para proveer un activo o un servicio público, es la parte privada la que asume una parte más significativa en el riesgo, ya que “la remuneración está vinculado con el desempeño”.³ Como ejemplos se hallan los contratos de diseño, construcción, operación y transferencia de gestión de hospitales, en los cuales las empresas que reciben la concesión deben optimizar los recursos para obtener mayor utilidad. Estos contratos se dan en algunos países europeos, en los que los grupos políticos de derecha y ultraderecha concesionan aspectos tan importantes como la salud pública. No obstante, en esa exigencia de plusvalía que es propia de la gestión privada, en la actualidad hay frecuentes y profundos cuestionamientos respecto a la eficacia y la universalidad de la cobertura en los centros hospitalarios que administran.

El Banco Mundial también conceptúa a las APP como un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, y agrega que su fin es el de “brindar un activo o servicio público en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión, y la remuneración está vinculada al desempeño”.⁴ El aporte de la parte privada es, fundamentalmente, de experiencia de gestión y, en muchos casos, de conocimiento y especialización en áreas específicas como las tecnológicas y las científicas. Asimismo, para la Comisión Económica para América y el Caribe (CEPAL)

² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “Las asociaciones público-privadas”, *OECD publishing*, 2014, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264211636-32-es>.

³ Corporación Interamericana de Inversiones, “Asociaciones público-privadas”, *Invest*, 2020, <https://idbinvest.org/es/soluciones/servicios-de-asesoria/asociaciones-publico-privadas>.

⁴ “A long-term contract between a private party and a government entity, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility and remuneration is linked to performance”. The World Bank Group, “What is a PPP: Defining Public-Private Partnership”, *Knowledge*, 2020, <https://pppknowledgelab.org/es/guide-kl/sections/3-what-is-a-ppp-defining-public-private-partnership>.

las asociaciones público-privadas se definieron al principio como “un contrato legalmente vinculante entre gobierno y empresas privadas para la prestación de bienes y servicios, delegando las responsabilidades y riesgos mayormente al socio privado”.⁵ Sin embargo, en la evolución de esta figura el modelo está girando hacia un involucramiento de los sectores público y privado en todas las fases: “construcción, financiación y operación, haciéndolo así más atractivo para el sector privado ya que los riesgos son también asumidos por el gobierno”.⁶ Compartir las responsabilidades y los riesgos es una tendencia creciente de este tipo de alianzas.

Sobre el concepto y su aparición, Hall afirma que a pesar de que el uso del mismo no se extendió sino hasta la década de los noventa del siglo inmediatamente pasado, es un hecho evidente que las concesiones han sido una realidad desde hace varios siglos:

El principio consistía en que la empresa privada se comprometía a invertir su propio dinero y a cambio el Estado garantizaba a la empresa el monopolio en el suministro de ese servicio en la zona, y así la empresa podía obtener un retorno sobre el capital cobrando a los usuarios. Las concesiones se utilizaron con frecuencia en el siglo XIX para implantar sistemas de agua, gas y electricidad, así como ferrocarriles, lo que implicaba una elevada inversión de capital. Pero no fueron capaces de proporcionar la magnitud de inversión requerida para los servicios universales a precios asequibles, por lo que, en general, fueron reemplazadas por entidades públicas que utilizaban financiación pública.⁷

Pero este modelo en el que la empresa privada se jugaba su propio dinero en una empresa que, como todo emprendimiento, conllevaba algunos riesgos, mutó a favor de los empresarios. De acuerdo con el mismo autor, la versión moderna de las APP tiene lugar en el Reino Unido en los años ochenta del siglo XX, durante el gobierno de la conservadora Margaret Thatcher.⁸

La introducción de reglas fiscales neoliberales redujo el endeudamiento estatal, pero el gobierno quería poder invertir en infraestructura pública. Las APP eran la solución, bajo el epígrafe de Iniciativa de Financiación Privada (IFP). Aunque el gobierno se compromete a sufragar la inversión, como si él mismo hubiera tomado prestado el dinero, durante un periodo de 25 años o más, las normas contables permiten tratarlas como un

⁵ Comisión Económica para América y el Caribe, “Evaluación de programas y proyectos”, 31 de marzo de 2020, *Cepal.org*, <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/definicion>.

⁶ *Ibíd.*

⁷ David Hall, *¿Por qué las asociaciones público-privadas (APP) no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública* (Londres: Universidad de Greenwich / Public Services International, 2014), 7.

⁸ Primera Ministra del Reino Unido desde 1979 a 1990.

préstamo privado, no como un préstamo público, de modo que el dinero puede tomarse prestado sin infringir las normas fiscales.⁹

Esta política resultaba atractiva para el gobierno de Thatcher en vista de que, en la práctica, era una forma de privatización, al permitir a las empresas privadas beneficiarse del dinero público mediante las rentables oportunidades comerciales que ofrecían la previsión de las obras y los servicios públicos. En una sociedad como la británica los políticos conservadores no pudieron privatizar a ultranza, como sí lo hicieron en América Latina, en el Ecuador el gobierno de 1992-a 1996 se vendieron empresas estatales que a día de hoy se considerarían estratégicas y que, en cualquier caso, eran de servicio público.

Álvarez Patiño, por su parte, considera que el contexto histórico en el que aparece la figura de la asociación público-privada es el de la reevaluación de la concepción tradicional de lo público limitado al Estado, lo que plantea un renovado paradigma de lo estatal en un marco de expansión de la empresa privada, que incursiona incluso en la provisión de obras y servicios tradicionalmente asumidos por el Estado en su totalidad, esto es, da inicio a la gestión de ciertos asuntos públicos por particulares.

Esta situación tiene dos presupuestos: en primer lugar, la crisis de la noción clásica de público como *toda actividad, bien o servicio derivado del Estado*, y, en segundo lugar, una *redefinición de lo público*, que ahora no atiende solo a las actividades calificadas de interés general o al sujeto prestador, sino que tiene en cuenta al destinatario de los bienes o servicios, esto es, a la comunidad, de modo que, lo público es común a todos, sea producido por el Estado o un particular.¹⁰

Y aquí, para el autor, el fundamento que permite la participación del capital y, sobre todo, la gestión privada, es la cualidad de participativa que caracteriza a la democracia, así como también la coyuntura de crisis del Estado como la entidad supraorganizadora de la vida pública, ya que, de acuerdo a lo que sostiene Bobbio, a propósito de este fenómeno de cooperación público-privada, este se debe a “un conjunto de circunstancias que modifican la titularidad del poder público, en una doble tendencia de privatización de lo público y publicitación de lo privado”.¹¹ A este fenómeno se lo ha denominado de varias formas, según los diversos autores. Según Saasen es

⁹ Hall, *¿Por qué las asociaciones público-privadas (APP) no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública*, 7.

¹⁰ Luz Álvarez Patiño, “Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública”, *Estudios de Derecho*, n. ° 73 (2016): 144.

¹¹ Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad*. trad. José Fernández Santillán (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006), 14.

“privatización” y un “nuevo orden privado institucional”;¹² para Tafur Galvis, asimismo, se trata de “desnacionalización” y “modernización del Estado”;¹³ Marienhoff lo considera, en cambio, como lo “público no estatal” o la “paraestatalidad”.¹⁴ Álvarez Patiño, por su parte, estima que:

La apertura y desarrollo de una nueva institucionalidad, un tercer sector o una alternativa a la estructura estatal, comprendida por los particulares, que pretende satisfacer fines y tareas similares, es el rasgo característico que justifica esta nueva dimensión de lo público, que también se enmarca dentro del fenómeno de la tercera vía, como una síntesis entre el liberalismo económico y el socialismo o nacionalización económica.¹⁵

Algunos autores estiman que esta tercera vía a la que alude la autora es una nueva línea de pensamiento dentro de la izquierda, del ala más moderada, casi centrista. Es así que Hillebrand establece que:

Este proyecto se caracterizaba por una adaptación exitosa de los partidos de izquierda a la política y la economía globales. Fue la expresión de una interpretación acertada del espíritu de la época y permitió que, desde la segunda mitad de los 90, los partidos de centroizquierda se afirmaran como la fuerza política predominante en Europa. Compartían aspectos programáticos similares: la combinación entre una posición moderadamente neoliberal en lo económico y fiscal, la insistencia en un papel limitado pero activo del Estado, y una perspectiva liberal progresista con respecto a cuestiones culturales y de valores que, al ser presentadas como evidencia simbólica de una convicción progresista, adquirieron un peso político importante.¹⁶

Los partidos de izquierda, es preciso hacer esta breve digresión, pese a haberse originado en las ideas marxistas-leninistas, debieron evolucionar y adaptar sus postulados ideológicos a un tipo de gobierno electivo, es decir, democrático. Y es que en el siglo XX la izquierda ha estado dominada por dos corrientes: una radical fundamentalista, que considera al control del Estado como un fin en sí mismo, y una izquierda menos dogmática y más moderada, que asumía la necesidad de control de las instituciones y las

¹² Saskia Saasen, “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas”, en *Estado, Soberanía y Globalización*, comp. Laura Saldivia (Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana / Instituto Pensar 2010), 107.

¹³ Álvaro Tafur Galvis, *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano. La participación, la colaboración convencional, las empresas públicas y la privatización* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993), 128.

¹⁴ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho administrativo*. 5.ª ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 229.

¹⁵ Álvarez Patiño, “Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública”, 145.

¹⁶ Ernst Hillebrand, “La izquierda después de la tercera vía”, *Nueva Sociedad*, n.º 211 (septiembre-octubre de 2007): 23.

políticas estatales, pero que se abría a sopesar otras opciones, y es esa segunda corriente la que hizo posible esta asociación entre los entes públicos y las empresas privadas.¹⁷

Al mencionado contexto socioeconómico en el que hace acto de aparición la figura de la asociación público-privada también se agregan componentes como la globalización, la liberalización de los mercados y las políticas que hacían posible ambos aspectos, así como a las medidas para enfrentar la crisis de la economía pública, cuyo objeto era limitar el déficit y mantener un nivel razonable de inversiones en infraestructura pública y en dotación de servicios.

En conclusión, la nueva dimensión de lo público reevalúa el papel pasivo de los particulares en la gestión pública, le impone fines y tareas para alcanzar los cometidos del poder público, las cuales ya no se circunscriben al Estado, sino que se extienden a los particulares, individualmente considerados, o incluso de manera conjunta con el Estado, en un novedoso marco de corresponsabilidad de la gestión pública donde surgen como una de sus principales manifestaciones las Asociaciones Público Privadas.¹⁸

De este modo, puede decirse que la revaluación de lo público y del mismo papel del Estado como el proveedor de obras y servicios es el marco en el que se desarrolla esta figura jurídica.

Por su parte, la guía de certificación en asociaciones público-privadas de la APMG manifiesta que las APP son: “un medio contractual para desarrollar activos públicos y servicios públicos”,¹⁹ entonces, de lo establecido en la ley y en la guía cabe concluir que las APP son proyectos para la provisión de servicios en donde el sector privado interviene en varias tareas referentes a la prestación de servicios públicos que están a cargo del Estado, mediante gestión delegada que tendrá una relación de largo plazo debido a que su desarrollo se lleva a cabo en varias etapas.

Las asociaciones público-privadas revisten, sin embargo, cierto carácter controvertido, Hall, por ejemplo, encuentra cuestionable su eficacia y la pertinencia del uso de la denominación de Iniciativa de Financiación Pública (IFP) al rubro que permitía conceder a la empresa privada la provisión de obras y servicios por cantidades realmente cuantiosas.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Álvarez Patiño, “Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública”, 146.

¹⁹ The World Bank Group, *Guía de la Certificación en Asociaciones Público-Privadas de APMG*, (Washington, DC: The World Bank Group, 2018), 12.

Desde el principio, la IFP fue criticada tanto por la derecha como por la izquierda por ser mucho más onerosa que el uso de financiación pública, por perjudicar a los servicios, y por tratarse de una ‘estafa’ para encubrir la inversión y el endeudamiento público real. Sin embargo, fue adoptada y acelerada por posteriores gobiernos de Reino Unido, y se creó una unidad especial dentro de la Tesorería, integrada principalmente por ejecutivos del sector privado, con el propósito de que actuara como un centro permanente dentro del gobierno para promover proyectos de IFP. Este se ha convertido en el modelo para las unidades de APP creadas por numerosos gobiernos de todo el mundo.²⁰

Se usó la capacidad de endeudamiento del Estado, que muchos políticos -y no pocos empresarios- encuentran ilimitada, por lo que ambos grupos -a menudo indistinguibles- siguen ordeñando a la vaca Estado en detrimento de su capacidad financiera, ya que al acumular alto endeudamiento durante un periodo al siguiente se debe pagar, por lo que se recorta inexorablemente en inversión social. Y es preciso considerar que no todas las obras y la prestación de servicios contratadas cumplen con el criterio de prioritarias, algunas incluso ni son necesarias.

Otros participantes en este debate sobre las desventajas y las ventajas de las asociaciones público-privadas, consideran que esta alianza presenta beneficios, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), por ejemplo, asegura que estas ayudan a superar algunas imitaciones del sector público en el momento de suministrar determinadas obras y servicios a los ciudadanos:

Primeramente, las estrictas limitaciones presupuestarias suelen limitar la capacidad del sector público de comprometer capital para proyectos de infraestructura a largo plazo y riesgosos. Un mecanismo de asociación público-privado permite al sector privado financiar la construcción, las operaciones y el mantenimiento del activo de infraestructura y ser remunerado directamente por medio de cargos al usuario, indirectamente por la vía tributaria o mediante una combinación de ambas modalidades.²¹

Al sortear los mencionados obstáculos se gana en celeridad en la realización de la obra o de la prestación del servicio a la población, lo que vendría a ser positivo en las ocasiones en las que el contrato realizado sea para una obra o servicio que la comunidad requiera y necesite.

En segundo lugar, la ausencia de contratos a largo plazo con normas de calidad de servicio claramente especificada puede traducirse en un trabajo defectuoso, o un método de construcción que entraña costos de operación y mantenimiento mucho más limitado. Un contrato de asociación público-privado está diseñado para tener en cuenta los

²⁰ Hall, *¿Por qué las asociaciones público-privadas (APP) no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública*, 8.

²¹ Banco Interamericano de Desarrollo, *Evaluación de las Asociaciones Público-Privadas en Infraestructura* (Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2017), 3.

correspondientes productos y costos durante todo el ciclo de vida del proyecto, lo cual puede permitir al sector privado reducir costos al tiempo de mejorar la calidad de servicio.²²

Si puede mencionarse algún beneficio evidente este sería la disminución de las posibilidades de corrupción de los funcionarios de menor rango en confabulación con los proveedores de la entidad pública, quienes demoran y encarecen una obra para obtener ganancias, sin considerar el perjuicio que se causa al público. Y precisamente por esto es que la tercera ventaja que plantea el BID es que al asociarse el Estado con el sector privado la afectación de los proyectos por planificación defectuosa o identificaciones políticas coyunturales, ya que los “proyectos enmarcados en asociaciones público-privados deben ceñirse a normas internacionales en materia de adquisiciones, con procedimientos abiertos, transparentes y competitivos”.²³ Asimismo, y como último punto, el alto riesgo de afectación que presentan los ciclos políticos y fiscales es otra de las ventajas que encuentra el BID, ya que: “Pese a no ser inmunes al ciclo político, las asociaciones público-privadas vinculadas a introducir disciplina en vista de la cantidad relativamente grande de recursos requeridos y el compromiso a largo plazo que entrañan”.²⁴

El Banco Mundial, por su parte, establece un conjunto de razones por las que las asociaciones público privadas pueden funcionar:

Como vía para que el sector privado aumente su participación gradualmente en las empresas estatales y en el gobierno (especialmente firmas extranjeras);
Crea diversificación en la economía ya que hace al país más competitivo, e impulsa los negocios y la industria asociada mediante el desarrollo de la infraestructura (como la construcción, el equipo, los servicios de apoyo, etc.)
Como complemento a las limitaciones de las capacidades del sector público para satisfacer la creciente demanda de desarrollo de la infraestructura
Como una extracción al largo plazo de *value-for-money* a través de la transferencia apropiada de riesgos hacia el sector privado durante el periodo del proyecto- desde el diseño y construcción al mantenimiento y las operaciones.²⁵

Estas recomendaciones del Banco Mundial deben entenderse en el marco del capitalismo neoliberal de la época de la economía global, que considera que tiene derecho a ganar dinero con los recursos del fisco de sus países, y que en ocasiones no distingue entre lo público y lo privado. Tal como sostiene Montero:

²² *Ibíd.*, 4.

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

Los desafíos que se abren con la globalización están induciendo no solo una ampliación inusitada de las esferas de acción de las empresas, sino también un nuevo tipo de relación entre los actores económicos. Se amplía la geografía de los negocios, aumentan los lazos contractuales que definen los flujos comerciales entre países, se liberalizan los mercados, a la vez que se «politizan» las transacciones comerciales. Lo que aparece como contradictorio no es sino un reflejo de un proceso de más envergadura: la construcción de mercados supranacionales.²⁶

Es, pues, evidente, que el neoliberalismo tiene una profunda y decisiva influencia en los Estados, ya que, como indica Rodríguez Araujo, hacia inicios de la década del setenta existía la opinión de que las empresas se harían cargo de las funciones que correspondían al Estado:

En otras palabras, la empresa ha devenido la organización de “gobierno” de la economía mundial con el apoyo de los Estados nacionales y estos se han visto reducidos a garantizar que los grandes capitales no tengan obstáculos. La política, la perspectiva política de los países del Tercer Mundo, y de no pocos del Primer Mundo (formalmente hablando), depende en gran medida del proyecto económico y de los planes de las grandes potencias y, por lo mismo, de las grandes empresas que componen lo que ha sido llamado la mundialización de la economía, terminándose de golpe con el “arcaico” problema del desarrollo de la humanidad, el bienestar, la seguridad y esos asuntos que ahora se consideran como meras derivaciones de la Ilustración.²⁷

En las condiciones actuales de la globalización de la tecnología y de la economía son los intereses particulares los que orientan la dirección del Estado, en lo que podría definirse como una disociación entre el poder económico y el poder político, propio de los estados neoliberales.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos plantea dos grandes argumentos a favor de su uso: las limitaciones fiscales y una buena relación calidad-precio. En primer lugar, el sector privado encuentra mayores estímulos y cuenta con más capacidad para suministrar activos costo-beneficio; en segundo, tiene presiones que le impulsan a reducir el gasto para cumplir con los objetivos fiscales, lo que no implica que no puedan tener serias consecuencias en su sostenibilidad fiscal.²⁸ Pero el área pública debe contar con una institucionalidad fuerte, que le permita afrontar una gestión compartida en la que podría perder terreno de no ser así.

²⁶ Cecilia Montero, “Relaciones Estado-empresarios en una economía global. El caso de Chile”, *Nueva Sociedad*, n.º 151 (septiembre-octubre de 1997): 122.

²⁷ Octavio Rodríguez Araujo, “Política y neoliberalismo”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 41, n.º 166 (1996): 125.

²⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “Las asociaciones público-privadas”, *OECD publishing*, 2014, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264211636-32-es>.

Otro autor, Robalino Orellana, considera la asociación público-privada ofrece a la ciudadanía un conjunto de beneficios que van desde la promoción de la coordinación y gestión conjunta entre dos paradigmas de gestión, el público y el privado; que fomenta la necesidad de compatibilizar intereses de ambos sectores y la coexistencia de sus fortalezas; asimismo, evita reacciones extremas a favor o en contra de uno u otro sector, lo que trabaja a favor de la sostenibilidad de los proyectos.²⁹ Ese equilibrio del que habla el autor, sin embargo, no se nota cuando los costes suben de manera exorbitante sin que el Estado pueda frenarlo, no obstante, es innegable que el sector privado se ha demostrado más eficiente en la gestión, pero solo porque existe en la región una tradición de incompetencia en las instituciones estatales influenciada esta por los postulados neoliberales.

En América Latina, a diferencia de en Europa, con el Reino Unido como pionero, el origen de las asociaciones público-privada no se vincula a gobiernos de la izquierda moderada durante el siglo XX, debido -fundamentalmente- a que no ha habido gobiernos de ese signo en la región, más allá del de Allende en Chile, cuyo cruento final y sus consecuencias son de sobra conocidos.

En la región las APP se implementan, en distintos grados dependiendo del país, desde la última década del siglo pasado, en el marco de reajustes políticos y presupuestarios de los tradicionales gobiernos de derecha. Robalino Orellana asevera que en esos años, por un lado, “encontramos Administraciones públicas orientadas a una mayor participación privada en la gestión de los servicios públicos, el desarrollo de nuevas infraestructuras, y, en general, la promoción de emprendimientos importantes para el desarrollo social”.³⁰ En este grupo se hallan Chile, Perú y Colombia, cuyas gobernantes de la época se comprometen a promover la inversión privada -de índole nacional y extranjera- en sectores estratégicos; inclusive Brasil y México, países tradicionalmente reacios a perder el control del Estado de determinadas áreas, animan al sector privado a participar más activamente en áreas de gestión públicas.

Por el otro lado están las administraciones públicas que revierten el proceso, es decir, que se preparan para recuperar el control de actividades que habían permanecido durante un determinado periodo delegadas a la iniciativa privada en el marco de una agresiva privatización emprendida por los gobiernos conservadores de la región.

²⁹ Javier Robalino Orellana, “Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”, *Foro*, n. ° 13 (2010): 102.

³⁰ *Ibíd.*, 98.

En otras palabras, estas Administraciones públicas han decidido alejarse de un modelo en el cual el sector privado ha tenido un rol más activo. Entre ellas, encontramos los casos de Venezuela, Ecuador, Nicaragua y Argentina. En el último caso, esta reacción a la participación privada en ciertas actividades del Estado puede tener su origen en un cierto fracaso de las privatizaciones ocurridas en la década de 1990.³¹

Es el caso de Ecuador, cuyo manejo gubernamental de las concesiones a la iniciativa privada en la década de los noventa condujo al país a unos niveles aún más profundos de desigualdad en la redistribución de la riqueza y de desprotección de los sectores más vulnerables, que dieron como resultado una reacción en contra de este tipo de asociación. Esta es la razón para que las asociaciones público-privadas como tal tuvieran su inicio recién el 15 de diciembre de 2015, fecha en la que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial 652 la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, la cual en su artículo 8 estipula 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 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 delegada.³²

Esta gestión delegada tiene como principal característica que su tiempo de duración, más o menos largo, es limitado, el que en ningún caso se pacta como indefinido, es decir, el Gobierno, o el nivel de gobierno local que ha contratado la obra o el servicio, está facultado para retomar la actividad cuando estime que puede proveerlo por sí mismo o, eventualmente, está insatisfecho con la labor.

De acuerdo al *The Economist Intelligence Unit* en su evaluación del entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: el INFRASCOPIO 2019, en la parte referente a regulaciones (marco legal y regulatorio) ubica al Ecuador en el puesto número 12, con un puntaje de 74 sobre 100,³³ debido a un mayor apoyo político para la inversión privada y por el desarrollo del marco normativo para incentivar a que se desarrollen proyectos de infraestructura con inversión del sector privado. Esto implica que en el país se ha empezado a hacer uso de las asociaciones público-privadas para

³¹ *Ibíd.*

³² Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*, Registro Oficial 652, 18 de diciembre de 2015, art. 8.

³³ The Economist Intelligence Unit, *Evaluación del entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe: el Infrascopio 2019* (Nueva York: The Economist Intelligence Unit, 2019), 16.

desarrollar obras de infraestructura, pero al ser la ley de 2015, se considera que es demasiado pronto para hacer una evaluación de su eficacia y de sus beneficios (o perjuicios) para las arcas del Estado y para el progreso del país.

2. Contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas

Las obras y los servicios públicos han sido tradicionalmente financiados y administrados por el Estado, con cargo a los presupuestos generales del Gobierno central y, en los casos en los que corresponda, a los presupuestos de los niveles de gobierno local. Sin embargo, en ocasiones los recursos necesarios para esas obras y servicios no se encuentran en las arcas estatales, por lo que el sector público, según el Banco Mundial (BM en lo sucesivo), hace uso de su capacidad de endeudarse para la realización de proyectos específicos, pese a que la deuda en la mayoría de los países se gestiona sin ligarla a proyectos específicos.

Aún más, en el pasado, muchos gobiernos han contado con medios propios de ejecución de obra pública, incluyendo su propio equipo y personal. A día de hoy, prácticamente toda la obra pública es construida por empresas independientes que, en la mayoría de los casos, son contratadas mediante licitación pública. Algunas empresas públicas son excepciones, pero incluso en esos casos muchos de los trabajos son llevados a cabo por corporaciones privadas bajo esquemas de subcontratación.³⁴

El funcionamiento de una empresa estatal no tiene mucho que ver con el de una empresa privada, en la primera el criterio de selección del personal es político, en el segundo (salvo contadas elecciones) se debe a la capacitación y al rendimiento de los empleados. Los funcionarios no han estado sujetos, hasta hace poco tiempo, a ningún tipo de control de rendimiento, y el sistema que existe en la actualidad está fuertemente cuestionado en su imparcialidad e idoneidad general.

En la contratación tradicional hay solamente dos formas: contratos de construcción de infraestructura, en los que el diseño lo ha hecho la entidad licitante o lo ha contratado con otro particular; y contratos de diseño y construcción, que contrata la ejecución de ambos aspectos en una única transacción. En Ecuador estos se conocen como contratos llave en mano, y se caracterizan por precios y plazos fijos. En la licitación

³⁴ The World Bank Group, *Guía de la Certificación en Asociaciones Público-Privadas de APMG*, 26.

tradicional de esta infraestructura la autoridad contratante la financia con recursos de su presupuesto y asume la administración de la obra una vez finalizada esta.

Los pagos son usualmente realizados en función del avance de obra y al precio estipulado (que puede estar sujeto a revisiones). El contratista puede ser responsable de arreglar los defectos a su propia costa durante un corto periodo, y puede dar garantías (tales como avales bancarios) con respecto a sus responsabilidades por los posibles defectos de la obra. El contratista puede también tener que responder por defectos ocultos durante un periodo más largo de tiempo, pero normalmente sin garantías explícitas asociadas durante ese periodo.³⁵

En este tipo de contratos el mantenimiento es concedido a otro partícipe mediante un contrato distinto, pero la gestión de largo plazo permanece como responsabilidad de la Administración (sea esta de nivel local o central), la cual contrata y financia la renovación y el mantenimiento cuando lo necesitan. Esta modalidad de contratos, de acuerdo al Banco Mundial, no incentivan al contratista a preocuparse por la calidad y la resistencia de la obra, más bien al contrario.

En cambio, el contratista tiene una clara motivación para incrementar los beneficios tanto reduciendo costos (comprometiendo por consiguiente la calidad) o reclamando pagos adicionales (por ejemplo, por modificaciones del alcance del contrato). El riesgo de reducción de la calidad o de incremento de costos para el sector público solo puede ser controlado mediante una supervisión intensiva de aseguramiento de la calidad y/o una natural inclinación a ser altamente prescriptivo en la definición de los requerimientos técnicos.³⁶

Todos estos inconvenientes, no obstante, pueden subsanarse con una buena labor de supervisión y control y con unas cláusulas que penalicen fuertemente los plazos extendidos y la merma en la calidad de las obras contratadas, por lo que pueden ser opciones adecuadas en casos en los que el sector público cuente con la capacidad técnica y financiera para mantener el activo. En cambio, en el tipo de contratos que involucra la asociación público-privada existen varios contratos que exoneran al Estado o a la entidad estatal contratante de una o varias de estas responsabilidades.

La misma fuente considera como opción de contratación en la modalidad asociación público-privada un conjunto de opciones entre las que se cuenta el tipo de contrato de diseño, construcción, financiación, operación y mantenimiento:

³⁵ *Ibíd.*, 27.

³⁶ *Ibíd.*

En un contrato DBFOM (Diseñar, Construir, Financiar, Operar y Mantener), el contratista desarrollará la infraestructura con sus propios fondos y financiamiento obtenido de terceros prestamistas a su riesgo (esto es, el contratista proveerá de la totalidad o la mayoría del financiamiento). El contratista es también responsable de la gestión de del ciclo de vida de la infraestructura (asumiendo los riesgos de los costos de ciclo de vida) además del mantenimiento corriente y la operación.³⁷

Los contratos DBFOM (por sus siglas en inglés), o algunas de sus variantes como construir, operar y transferir (BOT, por sus siglas en inglés), construir, poseer, operar y transferir (BOOT, por sus siglas en inglés), etc., son el único tipo que -por su alcance- cumple con las condiciones para ser un APP de financiamiento privado.

Estos contratos DBFOM pueden estar basados en pagos de usuario o en pagos por gobierno. En el primer caso:

La asignación contractual a la parte privada, por parte de la administración pública, de los ingresos futuros/potenciales asociados al uso público de infraestructura pública como forma de financiar la contratación de la infraestructura, representa una APP de pago usuario. Las APP de pago usuario son frecuentemente conocidas también como concesión, especialmente en países basados en código civil.³⁸

Una asociación público-privada de pago por usuario es una forma de contrato en la cual el financiamiento es privado y la fuente de ingreso única -o mayoritaria- se halla en los derechos de comercialización del uso del activo, es decir, la mayoría, cuando no la totalidad, de los ingresos se originan en cobros a los usuarios por el uso del bien o servicio. No concluyas el párrafo (y el tema) de forma tan abrupta, desarrolla unas líneas sobre qué implica que Ecuador esté en el renglón que está. En el segundo caso:

Una autoridad o administración pública (el propietario último y original del derecho de cobro a los usuarios por un servicio público o por el uso público de la infraestructura) endosa esos derechos a una parte o agente privado a cambio de la obligación por parte de ese agente de desarrollar y construir el activo, proveer del financiamiento necesario y mantener el activo bajo determinados estándares de calidad de manera continuada.³⁹

Cuando los ingresos producto de los cobros a usuarios no resultan ser suficientes para cubrir las necesidades financieras del proyecto, el Estado puede subsidiar una parte del costo. En cualquier caso, las variantes son muchas en cada modalidad, ya que el gobierno deberá analizar cada caso para tomar la decisión de acuerdo a las necesidades y las prioridades de obras y servicios para los ciudadanos.

³⁷ *Ibíd.*, 33.

³⁸ *Ibíd.*, 34.

³⁹ *Ibíd.*, 38.

Para analizar el marco legal en el que se enmarca el funcionamiento de los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas, es preciso hacerlo por el orden jerárquico de las normas, por ello hay que empezar por estudiar el contenido de la Constitución al respecto, la cual en su artículo 316 manifiesta que:

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 ley.⁴⁰

En razón de este artículo es que el Presidente de la República solicitó interpretación constitucional del artículo citado, ante lo cual la Corte Constitucional, mediante sentencia interpretativa No. 001-12- SIC-CC, de 5 de enero del 2012, dentro del caso No. 0008-10-IC, manifestó que para los casos de iniciativa privada la delegación para la gestión de los sectores estratégicos y para la prestación de los servicios públicos es de carácter excepcional y siempre en los casos que establezca la ley, con los requisitos que ahí se determinen.⁴¹

Esto también se encuentra recogido en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, el cual en su artículo 96 manifiesta:

Inversión en sectores estratégicos.- El Estado podrá delegar excepcionalmente, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, las inversiones en los sectores estratégicos en los casos que se establezcan en las leyes de cada sector y, subsidiariamente, en el presente Código.

Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes sectoriales correspondientes, los inversionistas nacionales y extranjeros que desarrollen proyectos en los sectores estratégicos definidos en la Constitución y en las demás disposiciones del ordenamiento jurídico aplicable, podrán acogerse adicionalmente a lo previsto en este capítulo.⁴²

En referencia a lo expuesto, se puede decir que es posible delegar a la iniciativa privada tanto los sectores estratégicos como los servicios públicos, evidenciándose que

⁴⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 316.

⁴¹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia", en *Juicio n.º: 0008-10-IC*, 5 de enero del 2012.

⁴² Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010, art.96.

el marco constitucional alcanza no solo al Estado central sino también a los gobiernos autónomos y a las empresas públicas.

La Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, en su artículo 1, manifiesta que: “Esta ley tiene como objeto establecer incentivos para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada y los lineamientos e institucionalidad para su aplicación”.⁴³ Asimismo, esta norma establece incentivos específicos para promover en general el financiamiento productivo, la inversión nacional y la inversión extranjera.

Vale la pena mencionar que esta ley APP está más orientada a ofertar una serie de incentivos al sector privado (exoneración de diez años en el Impuesto a la Renta desde el primer año de operación, exoneración de aranceles en importaciones relacionadas al proyecto, etc.), antes que a regular las asociaciones como una institución y a establecer un modelo claro de gestión para mejorar la relación entre el Estado y el sector privado en las diferentes etapas que se deben desarrollar para llevar a cabo las asociaciones público-privadas.

En lo referente a tipos de proyectos públicos, la ley manifiesta que podrán consistir, entre otros, en:

- 14.1. La construcción, el equipamiento cuando se lo requiera, la operación y mantenimiento de una obra pública nueva para la provisión de un servicio de interés general;
- 14.2. La rehabilitación o mejora, el equipamiento cuando se lo requiera, operación y mantenimiento de una obra pública existente para la provisión de un servicio de interés general;
- 14.3. El equipamiento cuando la inversión requerida para este propósito sea sustancial, la operación y mantenimiento de una obra pública existente para la provisión de un servicio de interés general;
- 14.4. La operación y mantenimiento de una obra pública existente para la provisión de un servicio de interés general cuando se justifique mejoras sustanciales en esta materia a través de la participación privada en la gestión;
- 14.5. La construcción y comercialización de proyectos inmobiliarios, vivienda de interés social y obras de desarrollo urbano, siempre que sean calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional;
- 14.6. El desarrollo de actividades productivas, de investigación y desarrollo y en general en las que participe el Estado directamente y en concurrencia con el sector privado, siempre que sean calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional; y,
- 14.7. Los demás calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional.⁴⁴

⁴³Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*, Registro Oficial 652, 18 de diciembre de 2015, art.1.

⁴⁴ *Ibíd.*, art. 14.

El contrato al que se refiere esta investigación consta en el numeral 14.1, y se refiere a la construcción, el equipamiento cuando se lo requiera, la operación y mantenimiento de una obra pública nueva para la provisión de un servicio de interés general, al cual la guía de certificación en asociaciones público-privadas de la APMG lo reconoce bajo la nomenclatura DBFOM (diseñar, construir, financiar, operar y mantener),⁴⁵ en el cual el sector privado (gestor) es el encargado de diseñar, construir, operar, y mantener el proyecto aprovechando la rentabilidad del mismo hasta llegar a un punto de recuperación de la inversión que será el momento en el que deberá transferir la propiedad y operación al gestor público.

Los gobiernos locales, o como se les ha denominado en el Ecuador, Gobiernos Autónomos Descentralizados, de conformidad con el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, gozan de autonomía financiera.⁴⁶ Esto significa, en primer lugar, que tienen el derecho a recibir de manera directa, predecible, oportuna, automática y sin condiciones los recursos que les corresponden de su participación en el Presupuesto General de Estado; y, por otro lado, del espíritu de este primer postulado se colige la capacidad de generar y administrar sus propios recursos, la autogestión que se realiza a fin de dejar de depender totalmente del Presupuesto General del Estado. En ese sentido, se podría decir que la autonomía financiera es, por un lado, la capacidad de decisión que tienen los Gobiernos Autónomos Descentralizados sobre su sistema de ingresos y gastos, y, por otro, la facultad prevista en la norma de conseguir recursos, entre otras vías, a través de alianzas público-privadas.

3. Riesgos en los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas

Todos los contratos, se celebren entre particulares o entre particulares y el sector público, entrañan un conjunto de riesgos más o menos calculados, tanto para la parte contratada como para la contratante, relacionados estos con factores diversos, tales como alzas de precios por escasez, retiro por agotamiento del material utilizado del mercado, retrasos por cambios imprevistos en las condiciones climáticas, etc., pero en los contratos de colaboración público-privada que se estudian en este texto el reparto de los riesgos se

⁴⁵ The World Bank Group, *Guía de la Certificación en Asociaciones Público-Privadas de APMG*, (Washington: World Bank Group, 2016), 54.

⁴⁶ Ecuador, *Código Orgánico Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 2.

estipula ya en las cláusulas entre la Administración (o la entidad contratante) y el contratista, a decir de Moreno:

En este especial reparto de riesgos, se transfieren al sector privado algunos de los riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de colaboración público-privada 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 mismos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos. El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.⁴⁷

Aquí el reparto de los porcentajes de la financiación, especialmente en los casos en los que las obras requieren correcciones y ampliaciones que elevan los costes, puede ser uno de los factores de mayor fricción y, por tanto, blanco de disputas entre ambas partes, ya que este arreglo se produce mediante una compleja organización entre los distintos participantes, quienes asumen que la segmentación de riesgos conviene a los dos lados de la transacción.

Pese a ello, entre los varios argumentos que se han dado a favor de la asociación público-privada en la provisión de obras y servicios a la ciudadanía se halla precisamente la compartición de los distintos riesgos, que hasta antes de este tipo de colaboración solo asumía el Estado, tal y como asevera Baldeón Barriga sobre el reparto de funciones y responsabilidades: “En la contratación pública tradicional los riesgos y responsabilidades quedan en manos del sector público. En la APP hay que realizar una adecuada repartición o compartición de los mismos”.⁴⁸ Es importante aclarar que la compartición no implica que el ente público pueda trasladar todos los riesgos y las responsabilidades a la entidad privada, asimismo, es evidente que esta no estaría dispuesta a asumirlo, ya que la única motivación del sector privado es la ganancia, y asumir un exceso de riesgos podría redundar en la merma de las mismas.

El Banco Mundial, por otro lado, detalla un conjunto de riesgos potenciales de las asociaciones público-privadas tal y como se desarrollan hoy en día.⁴⁹ En primer lugar, se refiere a los costos de desarrollo, licitación, etc., que se generan en un proyecto de alianza

⁴⁷ Estibalitz Moreno, “Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 2, n.º 4 (2012): 87.

⁴⁸ Inés María Baldeón Barriga, “Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano”, *Foro*, n.º 25 (2016): 107.

⁴⁹ The World Bank Group, *Guía de la Certificación en Asociaciones Público-Privadas de APMG*.

público-privada, que en ocasiones resultan en esta modalidad mayores que en los procesos tradicionales de la contratación pública. Corresponde al gobierno establecer si esos costos se justifican o no mediante la realización de una auditoría.

Asimismo, existe un costo asociado a la deuda que la entidad privada adquiere para participar del proyecto, que debe ser amortizado por el gobierno mediante subsidios, o por el cliente final pagando tarifas;⁵⁰ no todos los proyectos son igualmente fáciles de financiar; algunos proyectos presentan resistencias sociales y políticas, o ambas; las empresas y sus financistas se resisten a involucrarse en proyectos que tengan riesgos ilimitados, es decir, que escapen a su control. El sector privado exige que se le pague por lo que hace, por tanto, los incentivos de desempeño deben ser establecidos en el contrato claramente. El gobierno sigue siendo el responsable ante los ciudadanos, quienes exigirán reclamando por la calidad de los servicios.

Hay probabilidades de que al adquirir el sector privado experiencia en el área de que trata el contrato, después de un cierto periodo obtenga ventaja sobre los datos del proyecto. Es riesgoso no tener un marco legal y regulatorio claro. Finalmente, por la naturaleza del largo plazo de estos proyectos, así como por la complejidad de los mismos, se hace “difícil identificar todas las posibles contingencias durante el desarrollo del proyecto y los acontecimientos y problemas que puedan surgir, y por tal motivo, no se hayan contemplado en los documentos o por las partes en el momento del contrato”.⁵¹ Por tanto, es preciso que estos contratos se planteen todos los supuestos para no cometer errores que pueden perjudicar a una de las partes. Por otro lado, es evidente que a estas alturas la asociación público-privada lleva un recorrido largo en el tiempo, por lo que una investigación sobre cómo lo han hecho en otras partes permitiría prever algunas situaciones y afrontarlas con eficiencia.

En la contrapartida se hallan los beneficios, entre los cuales cabe destacar que estas se convierten en una vía que permite al Estado obtener del ámbito privado de la economía tecnología e innovación para mejorar la provisión de servicios públicos;

⁵⁰ En Ecuador las vías concesionadas siguen precisando de dinero público, ya que afirman que el congelamiento del precio no satisface a la empresa privada. “Hidalgo refiere que el congelamiento de la tarifa a \$ 1 por eje dificulta el avance de la delegación vía concesión al sector privado de más tramos por lo que el valor debe revisarse.”. *El Universo*, “El 16% de la red vial estatal tiene garantizado el mantenimiento en Ecuador”, *El Universo*, 31 de marzo de 2019, <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/03/24/nota/7244963/16-red-vial-estatal-tiene-garantizado-mantenimiento-ecuador>.

⁵¹ World Bank Group, “Objetivos del Gobierno: Beneficios y riesgos de las Asociaciones Público Privadas”, *worldbank*, 18 de septiembre de 2016, <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/beneficios-riesgos>.

también funcionan como incentivo para que los contratistas particulares entreguen a tiempo los proyectos. Se ven como una forma de desarrollar las empresas locales mediante la propiedad compartida de proyectos con grandes multinacionales.

Como ya se sabe, los peligros y las inseguridades son parte del emprendimiento empresarial en cualesquiera de sus niveles (desde el micro hasta las macroempresas), más en el caso de estas asociaciones entre los sectores público y privado, un tipo de alianza de naturaleza mixta, entre los más frecuentes, de acuerdo con Baldeón Barriga, se hallan los siguientes:

Los principales riesgos que en el caso que nos ocupa se podrían analizar serían los siguientes: cambios políticos que afecten la legislación aplicable al proyecto; cambios en las cargas tributarias; alza extraordinaria en los precios de los principales insumos del proyecto incluidos salarios; retrasos en los tiempos de construcción programados; fenómenos naturales; cambios significativos en la demanda proyectada del servicio, en el precio de la moneda (tipo de cambio) y en el precio del dinero (tasa de interés); entre otros.⁵²

De esta cita es preciso colegir que los riesgos en un proyecto, que son compartidos entre los participantes público y el privado, deben identificarse ya durante su diseño, considerar la posibilidad de que ocurran y prever el posible impacto financiero y, por supuesto, bosquejar la posible solución en caso de que se presenten.

Por otro lado, y según la autora, los riesgos suelen ser mejor manejados por el ámbito privado de actuación que en el público, “por su mayor experiencia y capacidad tecnológica, de innovación, de gestión, etc.”.⁵³ No obstante, el Estado mantiene los riesgos que en la negociación del contrato el inversionista privado no accede a asumir, así como aquellos que -por cuestiones jurídicas- le corresponde manejar a la entidad estatal, tal como lo dice la Constitución de la Republica.

Respecto a los principios y lineamientos de las APP, la ley del ramo manifiesta que se ajustarán a los siguientes:

3.1. Sostenibilidad Fiscal. Se deberá considerar la capacidad de pago del Estado para adquirir compromisos financieros, firmes o contingentes, que se derivan de la ejecución de los contratos celebrados en asociación público-privada, sin comprometer la sostenibilidad de las finanzas públicas ni la prestación regular de los servicios.

3.2. Distribución Adecuada de Riesgos. En toda asociación público-privada se deberá hacer una identificación y valoración de los riesgos y beneficios durante la vigencia del proyecto, los cuales serán asumidos, transferidos o compartidos por la entidad pública delegante y el gestor privado, de conformidad con lo establecido en el contrato.

⁵² *Ibíd.*, 108.

⁵³ *Ibíd.*

3.3. Valor por Dinero. Los proyectos públicos ejecutados bajo la modalidad de asociación público-privada deberán obtener el mejor resultado de la relación precio-calidad y obtener las condiciones económicamente más ventajosas para los usuarios finales de la obra, bien o servicio del que se trate.

3.4. Respeto a los Intereses y Derechos de los Usuarios. El Estado y el gestor privado tendrán la obligación de proteger a los usuarios finales y brindarles información clara y suficiente sobre sus derechos, así como atender y resolver sus reclamos de manera oportuna.

3.5. De los Derechos de Propiedad. El proyecto público y el contrato de gestión delegada deberán garantizar los derechos de propiedad para las partes, por el plazo de ejecución que conste en el mismo.

3.6. Cobertura e Inclusión Social. En el diseño y ejecución de los proyectos públicos no se podrán excluir áreas geográficas, grupos sociales y pueblos y nacionalidades que requieran el bien, obra o servicio que genere el proyecto. Estos proyectos deberán procurar la utilización del componente nacional, transferencia de tecnología y la contratación de talento humano nacional.

La rentabilidad del proyecto público deberá ser calculada de manera agregada contemplando incluso la posibilidad de que excepcionalmente existan subvenciones del Estado, garantice la cobertura y la inclusión social de la población vulnerable.⁵⁴

De lo establecido en el artículo tercero de la ley, la parte que tiene mayor interés para esta investigación es el punto 3.2, “distribución adecuada de riesgos”, los cuales deberán estar identificados desde la elaboración del proyecto y que -en lo posterior- se encontrarán detallados en el contrato, repartidos entre el Estado y el sector privado de acuerdo a sus capacidades, ya que para la repartición de riesgos es preciso determinar cuál de las partes es más apta para el mejor manejo de tales tareas, para de este modo aprovechar las fortalezas de cada sector, como ejemplo de esto se puede asegurar que los riesgos que corresponden a experiencia y conocimientos técnicos deberían ser trasladados al sector privado, por cuanto cuenta con mayor tecnología y personal capacitado.

Por otro lado, y según el Banco Mundial, “la transferencia de riesgos es más eficaz (aunque no necesariamente más eficiente) cuando el agente privado está proporcionando recursos de capital que están en riesgo, en lugar de cuando el agente solo está sujeto a multas”.⁵⁵ Debido a que la parte privada de esta asociación asume una alta responsabilidad y un riesgo significativo a lo largo de la duración del contrato. Sobre esto, el BM destaca dos aspectos: la responsabilidad significativa en la gestión y la transferencia del riesgo.

Responsabilidad significativa de la gestión: La parte privada debe estar material e integralmente responsabilizada de la gestión del activo (especialmente la gestión del coste

⁵⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*, Registro Oficial 652, 18 de diciembre de 2015, art. 3.

⁵⁵ The World Bank Group, *Guía de la Certificación en Asociaciones Público-Privadas de APMG*, 15.

del ciclo de vida), en lugar de dedicarse únicamente a áreas específicas y / o menores de gestión. De lo contrario, no tiene sentido transferir los riesgos del ciclo de vida y confiar en un contrato a largo plazo bajo un esquema APP. Asimismo, el alcance de las responsabilidades determinará de manera natural el alcance de la transferencia de riesgos, ya que no debe transferirse riesgo sobre actividades y eventos en los que el socio privado no tiene control o mecanismos para influir en la gestión del mismo.⁵⁶

Los riesgos que tienen que ver con la responsabilidad de la gestión del ciclo de vida de la infraestructura se transfieren a la entidad privada si se le ha delegado la gestión a largo plazo, que es lo que ocurre usualmente, ya que una de las características de este contrato APP, que incluso consta en su definición hecha páginas más arriba, es de ser de larga duración.

En cuanto a la transferencia significativa del riesgo: “Debe haber una transferencia significativa de riesgo al sector privado durante una parte significativa del ciclo de vida de los activos (lo cual está relacionado con la naturaleza de largo plazo de estos contratos), además de la transferencia de riesgos de construcción”.⁵⁷ Es significativo cuando el gobierno transfiere la mayor parte del riesgo a la parte privada, pero no la totalidad de ellos, ya que de hacerlo podrían “producirse ineficiencias significativas cuando se transfieren ciertos riesgos, ineficiencias que son evitables mediante la retención o compartición por el socio público de esos riesgos”.⁵⁸

Al respecto, el Centro Administrativo Tlajomulco sostiene que “los riesgos que usualmente retiene el municipio en la modalidad tradicional de obra pública, sobre todo los sobrecostos durante la construcción, operación y mantenimiento, pudieron transferirse mayoritariamente al sector privado; mientras que los riesgos por un mayor uso del inmueble (demanda), los retiene el sector público”.⁵⁹ Los sobrecostos, si los hay, serían notablemente inferiores, ya que la gran corrupción de la empresa pública no se replica - en los mismos niveles- en la privada.

El Banco Interamericano de Desarrollo, por su parte, estima que:

Independientemente de la alternativa de suministro de infraestructura que se escoja, ya sea la adquisición pública estándar o la asociación público-privada, los proyectos de infraestructura afectados toda una serie de riesgos debido a su gran escala y su naturaleza a largo plazo. Dichos riesgos comprenden los técnicos, de construcción, operativos,

⁵⁶ *Ibíd.*, 19.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Centro Administrativo Tlajomulco, “Casos de estudio en Asociaciones Público-Privadas en América Latina y el Caribe”, *BID Documento*, n.º 4 (mayo de 2019): 18.

financieros, de hechos de fuerza mayor, de índole normativa/política, de incumplimiento, ambientales y sociales.⁶⁰

Algunos de estos riesgos no dependen de la voluntad de los participantes, ya que, como puede verse, tienen que ver con factores como el clima, que puede presentar comportamientos inesperados que atrasen las obras; cambios en la normativa política, la que no siempre puede estar al arbitrio de la entidad contratante; de cuestiones sociales como paros, etc.

La Corporación Andina de Fomento (el Banco de Desarrollo para América Latina), estima que, cuanto mayor participación privada mayor es la transferencia de riesgos y más elevados los incentivos, entre los riesgos que contemplan en el diseño está que la “transferencia del riesgo del diseño al agente privado solo debería realizarse en aquellos casos en los que este ha participado de forma efectiva en las tareas asociadas a aquel, lo cual suele ser habitual”.⁶¹ Ya que por lo general el participante público comparte con el privado los estudios realizados, así como que haga una delimitación de las especificaciones técnicas que espera obtener para que el privado sea quien realice los diseños finales. En cuanto a los riesgos asociados al financiamiento:

Se entiende por riesgo de financiación la asunción de la totalidad o parte de la financiación del proyecto por parte del contratista, en otras palabras, es el concesionario el que debe obtener la financiación para llevar a cabo la construcción del objeto del contrato, la inversión, o de una parte de esta a su riesgo y ventura, ya sea a través de fondos propios, bancarios o del acceso al mercado de la deuda.⁶²

Si la entidad privada no consigue el financiamiento durante el tiempo acordado para ello, el contrato sería rescindido por incumplimiento, no obstante, en vista de que una circunstancia como esta implicaría para el Estado (y para el particular) pérdidas cuantificables (en dinero) y no cuantificables (en tiempo, por ejemplo), la capacidad financiera de la empresa privada debería quedar probada desde el inicio del proceso de licitación.

En la construcción el participante privado tiene un mayor control sobre los riesgos inherentes a esta fase, pese a lo cual sigue habiendo riesgos no controlables:

⁶⁰ Banco Interamericano de Desarrollo, *Evaluación de las Asociaciones Público-Privadas en Infraestructura* (Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2017), 45.

⁶¹ Corporación Andina de Fomento, *Asociación Público-Privada en América Latina. Guía para Gobiernos Regionales y Locales* (Caracas: CAF, 2018), 39.

⁶² *Ibíd.*, 42.

Dentro de los riesgos vinculados a la fase de construcción, puede existir el riesgo geológico, por ejemplo, en la construcción de obras como metros o túneles. Dicho riesgo debe ser observado en el proyecto ejecutivo y, por lo tanto, debe incorporar el coste asociado al mismo. No obstante, el riesgo geológico no siempre es fácil de gestionar y, ante situaciones de alta incertidumbre, un mitigante que se ha utilizado habitualmente en proyectos de América Latina es el de compartir el riesgo ante determinados eventos. En caso de que existan riesgos arqueológicos o de fuerza mayor, estos deberán ser asumidos por el poder concedente ante la dificultad de asegurar este tipo de riesgos. Los riesgos de construcción de la infraestructura pueden ser mitigados por parte del concesionario asignando las obras de construcción a una tercera empresa que se encargue del EPC.⁶³

Lo que no impide que el concesionario mantenga la responsabilidad total del proyecto, por lo que le corresponde supervisar que las tareas realizadas por el tercero se ajusten a sus especificaciones técnicas. En lo que tiene que ver con la operación y el mantenimiento, estos presentan riesgos inferiores, ya que los problemas deben resolverse a medida que se presenten.

Por último, ninguna asociación público-privada está exenta de padecer uno o varios de los riesgos mencionados en el desarrollo de un contrato de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento, ya que la asignación de riesgos de estos contratos es uno de los aspectos cruciales para obtener los beneficios previstos, por tanto, las entidades, tanto públicas como privadas, deberán estar atentas para solventarlos cuando se presenten.

4. Conflictos que surgen en los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas

Como ya se ha mencionado en el numeral anterior, existe un riesgo inminente de que se presenten conflictos durante el desarrollo de los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas, o en los contratos que no involucren los cinco elementos, tal y como se citó ya.

El BM manifiesta al respecto que estas controversias se deben en alguna medida a la “falta de directrices claras de políticas en relación con los objetivos de las APP puede producir conflictos políticos y cambios de decisión. Esto puede destruir la percepción de existencia de compromiso político y la estabilidad del enfoque APP del gobierno”.⁶⁴ Esto es, la primera fuente de conflicto es que las reglas no han quedado claras desde el inicio, de donde se colige que hay fallas contractuales que deben subsanarse cuando se presenta

⁶³ *Ibíd.*, 39.

⁶⁴ The World Bank Group, *Guía de la Certificación en Asociaciones Público-Privadas de APMG*, 137.

el problema, ya que al ser estos tratos entre los sectores público y privado de larga duración el cambio de gobierno no debería afectar su funcionamiento, de hacerlo se pondría en entredicho la seguridad jurídica del país. Las controversias y desacuerdos que derivan en conflictos pueden presentarse por una parte de contenido del mismo contrato.

En un informe elaborado por varias instituciones de la sociedad civil y que estudia la implementación de las asociaciones público-privadas en países de varios continentes, se “identificaron varios conflictos, en particular en la distribución y financiación de los riesgos”.⁶⁵ Para evitar esta situación ambas partes deben delimitar las funciones (y los riesgos) que asumirán cada cual, así como hasta dónde llega su capacidad de financiamiento. Todo ello por escrito y firmado.

Por otro lado, los conflictos se presentan también por atrasos en la entrega de las obras o el inicio de la provisión del servicio, los sobrecostos que plantea la empresa privada y los conflictos de intereses, en algunos contratos en Colombia, donde “las concesiones viales desarrolladas en el país -divididas en ‘generaciones’- constituyen el caso más paradigmático en cuanto a sobrecostos, retrasos y conflictos de interés”.⁶⁶ Los sobrecostos y los retrasos deberían encontrar un muro de contención en la norma, si no es así es que, o falta o normativa o no se aplica. En lo que tiene que ver con los conflictos de intereses, para empezar el análisis por el último elemento, constituyen una constante en la contratación entre el Estado y los particulares, un foco de corrupción insondable que América Latina no enfrenta porque el sector empresarial y el político está mezclado.

5. Contratos de colaboración público-privada en el Ecuador

En el Ecuador las asociaciones público-privadas no constituyen una novedad como figura jurídica, como tampoco lo es el debate alrededor de cuál es el papel que desempeñan en el paradigma de desarrollo del país, aunque no ha tenido una amplia implementación como tal. Oleas destaca que las alianzas entre el sector público y el privado han marcado dos hitos en el país, el primero a principios de la década de los noventa, escenificado en la llamada modernización del Estado, el segundo en 2014,

⁶⁵ David Cruz, “Navegabilidad del río Magdalena”, en *Historia repetida: Cómo fracasan las Asociaciones Público-Privadas*, Eurodad (ed.) (Bruselas: Fundación Heinrich-Böll / Eurodad, 2019), 30.

⁶⁶ Corporación Andina de Fomento, *Asociación Público-Privada en América Latina. Afrontando el reto de conectar y mejorar las ciudades* (Bogotá: CAF, 2018), 45.

cuando se impulsó una ley cuyo objetivo era brindar estímulos al sector privado para que realizaran alianzas con el sector público en proyectos estratégicos.⁶⁷

En la década de los noventa América Latina seguía las recetas de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), teniendo como alumno aventajado a Argentina, que implementaba recetas económicas innovadoras en la región, con procesos aparentemente exitosos mediante los cuales “se privatizaron decenas de empresas y entidades de propiedad del Estado federal y seccional de Argentina. Entre las privatizaciones más relevantes se cuentan las de las telefónicas, agua potable, Aerolíneas Argentinas e YPF”.⁶⁸ También se fomentaron simultáneamente acuerdos de concesión de actividades como la explotación de hidrocarburos y su transporte. Es preciso mencionar que hay una notable diferencia entre privatización y concesión, pues en la primera se transfiere un activo del sector público al privado, en cambio en la otra solamente se autoriza la inclusión temporal del sector privado en una actividad del Estado, no obstante, en ambas modalidades se permite la participación de la empresa privada en actividades reservadas al Estado.

En ese momento se vendía la gestión privada como el remedio para la tradicional ineficiencia del Estado, era el dogma que la CEPAL y el Consenso de Washington llevaban décadas insistiendo en que resolvería mágicamente los problemas del subdesarrollo de la región. Según Acosta:

Todo parecería indicar que la panacea para los problemas del subdesarrollo se encuentra en la privatización de las empresas estatales y en la reducción del tamaño del Estado. O, dicho al revés, el problema radicaría en la existencia de empresas estatales ineficientes y en el excesivo tamaño del Estado. Con este mensaje, la búsqueda de una generalizada privatización ha irrumpido con enorme fuerza en la sociedad ecuatoriana.⁶⁹

Pero la privatización no es necesariamente total, “por consiguiente, es importante que en la normativa se dé espacio para diseñar diferentes tipos de asociaciones entre el estado, el capital privado y los trabajadores”.⁷⁰

⁶⁷ Daniela Oleas, “Las asociaciones público-privadas en el contexto de los gobiernos intermedios, Coord. Daniela Oleas, *Alianzas público-privadas y desarrollo territorial* (Quito: CONGOPE / Ediciones Abya-Yala / Incidencia Pública del Ecuador, 2017), 13.

⁶⁸ Robalino Orellana, “Los asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”, 98-9.

⁶⁹ Alberto Acosta, “Riesgos y alcances de una novelería”, *Ecuador Debate*, n. ° 25 (abril de 1992): 15.

⁷⁰ Francisco Rosales Ramos, “Las privatizaciones de las empresas públicas”, *Ecuador Debate*, n. ° 25 (abril de 1992): 56.

En el país, un poco después que en Argentina, también se desarrollaron procesos de delegación de actividades estatales a la iniciativa privada.

Así, en 1992, el presidente Durán Ballén expidió varias normas que permitían tanto la privatización como la concesión de ciertas áreas al sector privado. Estas reformas no llegan a cuajar en cuanto a las privatizaciones, en las que el Ecuador realiza poquísimos ejercicios. Sin embargo, en materia de concesiones, el Ecuador logra incentivar la inversión privada en varios proyectos de relevancia nacional, los cuales se proyectan hasta la década siguiente.⁷¹

La Ley de Modernización derivó en agresivos procesos de privatización emprendidas por este gobierno de (ultra) derecha, que implicó el desembarco de las asociaciones público-privadas en el país, ya que establecía la figura jurídica de la delegación en su artículo 41:

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. El Estado cumplirá con su obligación de atender la educación y la salud pública de los ecuatorianos conforme los mandatos de la Constitución y sin perjuicio de la actividad que, en dichas áreas, cumpla el sector privado. La exploración y explotación de los recursos naturales no renovables cuya propiedad inalienable e imprescriptible pertenece al Estado, podrá hacerse a través de empresas públicas, mixtas o privadas.⁷²

El encargo que hace el Estado de la prestación de un servicio no implica un renunciamiento de la titularidad estatal de lo delegado. Adicionalmente, la noción de áreas estratégicas ha ido cambiando en la normativa para que el espectro de empresas en las que puede intervenir la iniciativa privada se amplíe significativamente.

En la actualidad el marco jurídico ecuatoriano contempla las alianzas entre los sectores privado y público en la normativa, desde la misma Constitución, cuyos artículos 313, 314, 315 y 316 establecen el control del Estado en la gestión de los servicios estratégicos y abren la posibilidad a delegarla en empresas mixtas o -excepcionalmente- privadas.⁷³

⁷¹ Robalino Orellana, “Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”, 99.

⁷² Ecuador, *Ley de Modernización del Estado*, Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.

⁷³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 313 a 316. La sentencia interpretativa de la consulta que hizo el Ejecutivo a la Corte Constitucional de Transición el 12 de agosto de 2010, que en su numeral 3 falla que “debe interpretarse que el Estado Central, a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno

Existe, asimismo, una ley orgánica que entró en vigencia en diciembre de 2015, cuyo objeto es (de acuerdo al artículo 1) establecer estímulos en la ejecución de proyectos de asociación público-privada, normar su aplicación y crear incentivos al financiamiento productivo tanto de ámbito nacional como extranjero.⁷⁴ Esta ley también pretende impulsar a los inversores del sector privado a emprender en proyectos, de infraestructura o productivos, bajo la modalidad de la asociación público-privada, en los que aporten con conocimientos en ciencia, tecnología, gestión e incluso los recursos financieros, con todos los niveles de gobierno.

En el Ecuador las asociaciones público-privadas, cuya normativa es incipiente y reciente, no han emprendido grandes proyectos de infraestructura en esta modalidad, como sí ha ocurrido en otros países de la región. Por un lado, la figura de la APP no ha sido suficientemente socializada, y por el otro, en el país los últimos gobiernos contaron con recursos financieros propios para la intensa construcción de infraestructuras (de la década 2007-2017 por ejemplo), debido a la singular coyuntura de un precio del petróleo alto durante esos años.

Pero esta normativa poco desarrollada empieza a cambiar en este año 2020 entró en vigencia el *Reglamento para Asociaciones Público Privadas*, cuyo primer artículo establece que su ámbito material se circunscribe exclusivamente a la delegación de los contratos de delegación en la modalidad de asociación público-privada.⁷⁵ De acuerdo a este reglamento la alianza público-privada podrá participar en contratos de gestión delegada de muy largo plazo que encargan a un administrador privado el desarrollo o la gestión de infraestructura o servicio que corresponde al Estado.

Sin embargo, el Decreto 1190 que publica la reglamentación ha sido cuestionado por algunos sectores políticos de la oposición, al ser este producto de compromisos que el gobierno (en sus últimos meses de gestión) adquirió con organismos crediticios internacionales, bajo la promesa de desembolsos de préstamos de condiciones opacas, lo que ha generado no pocas suspicacias. Incluso algunos profesionales del derecho han advertido de múltiples errores en la redacción: “Recordemos que previamente ya se había concluido que toda APP utiliza como medio de materialización los denominados

central, que tengan dicha atribución legal, podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, en los casos contemplados en la ley de la materia o sector pertinente”.

⁷⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas*, Registro Oficial 652, Suplemento, 18 de diciembre de 2015.

⁷⁵ Ecuador, *Reglamento para Asociaciones Público Privadas*, Registro Oficial 333, Suplemento, 19 de noviembre de 2020, art. 1.

contratos de gestión delegada pero no todo contrato de gestión delegada utiliza como modelo de gestión una alianza público-privada.⁷⁶ Otra frase que ha despertado las críticas es la ‘competencia de delegación’, cuando lo que se delega es la competencia.

Durante años más bien el tema se orientó hacia el apoyo a la producción desde el ámbito estatal. A partir de 2010 el Gobierno central hizo uso de esta modalidad de colaboración para potenciar las actividades y productivas de colectivos con gran potencial de creación de empleo cualificado y no cualificado. Estas asociaciones se implementaron dentro del contexto de funcionamiento del Consejo de la Producción, que institucionalizó varios programas específicos de promoción de APP, en los que, “el Estado proporciona apoyo financiero y dota de asistencia técnica a diferentes iniciativas del sector privado por un período determinado, sin que ello implique un proceso de coparticipación de la inversión a largo plazo ni la responsabilidad del Estado en el manejo de las empresas o asociaciones productivas”.⁷⁷ El objetivo era dotar a los actores privados de los recursos humanos, intelectuales y económicos.

Entre los programas pueden mencionarse: EmprendEcuador, el Programa de Negocios Rurales Inclusivos (PRONERI) y el Fondo para el Desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (FONDEPYME), todos iniciados en 2010. El primero se llevó a cabo bajo la dirección del Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad (MCPEC), con el objeto de apoyar de manera directa a pequeños empresarios mediante la asociación público-privada. Este programa se desarrolla en tres fases:

En la primera se ayuda al emprendedor privado a desarrollar una idea de negocio con apoyo del MCPEC, que ofrece asistencia técnica para la elaboración de estudios (específicamente planes de negocios); universidades, que aportan infraestructura, capacitación y el esquema de incubadoras de negocios; y empresas de apoyo, que dan tutorías a los emprendedores.⁷⁸

En esta primera etapa el costo por emprendimiento fue de un máximo de diez mil dólares, de los cuales el MCPEC aportó el 85% y el emprendedor el restante 15%, sin embargo, el valor total del proyecto no precisaba de llegar al máximo, ya que cada

⁷⁶ Carlos Becilla Peñafiel, “El Reglamento para las Asociaciones Público Privadas, un instrumento perfectible”, *Tesserae Bureau*, 9 de diciembre de 2020, <https://tesseraebureau.com/es/2020/12/el-reglamento-para-las-asociaciones-publico-privadas-un-instrumento-perfectible/>.

⁷⁷ Manuel Chiriboga, Carol Chehab y Vinicio Salgado, *Alianzas público-privadas para el desarrollo de agronegocios. Informe de país: el Ecuador* (Roma: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, 2013), 6.

⁷⁸ *Ibíd.*, 7.

negocio tiene sus propios costos y este va a depender del contexto en el que se desarrolle, pues podían hacer uso de recursos y materia prima propios, lo que los abarataba en alguna medida.

La segunda fase podría denominarse como jurídica, pues en esta se llevaba a cabo la legalización de las empresas y se estructuraba y desarrollaba el negocio. La inversión cofinanciada también alcanzaba un tope de diez mil dólares, de los que el empresario solamente debía aportar el 10%, puesto que el MCPEC se encargaba del 90%, con la singularidad de que su aporte no era monetario sino en especies, esto es, que se ocupaba de contratar o facilitar trámites, adquisición de conocimientos, etc.

La tercera etapa, que se llevaba a cabo al mismo tiempo que la segunda, comprendía varias actividades:

- a) establecer una red de “ángeles inversionistas” o empresarios que estén interesados en invertir en varios proyectos;
- b) negociar con instituciones de crédito (públicas o privadas) para solicitar préstamos en condiciones favorables;
- c) establecer alianzas con otras instituciones que tengan actividades relacionadas y herramientas de apoyo al emprendimiento.⁷⁹

Durante todo el proceso el papel de la entidad estatal consistía en: garantizar el uso correcto y óptimo de los recursos, acompañar a los emprendedores y verificar si estaban cómodos con el trabajo que se realizaba y vigilar que se cumpliesen los procesos, identificar potenciales inversionistas para el futuro próximo.

El Programa de Negocios Rurales Inclusivos (PRONERI) del MAGAP tenía como objetivo servir de enlace entre pequeños productores y empresas agroindustriales y agroexportadoras, con el fin de garantizarles la venta de la totalidad de la producción a un solo cliente. PRONERI, que empezó con un presupuesto de 126 millones, se diseñó para tener una duración de cuatro años y consolidar alianzas agroproductivas y comerciales con un mínimo de ciento veinte empresas. Se proyectó beneficiar a treinta y seis mil familias, cuyas condiciones mejorarían ostensiblemente, con un total de beneficiarios de aproximadamente ciento ochenta mil personas. En cada una de las alianzas participaban empresarios y pequeños productores.

El otro programa, el Fondo para el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas (FONDEPYME), era del Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO), desde la entidad estatal sostenían sobre su meta que “busca mejorar la productividad y

⁷⁹ *Ibíd.*

competitividad de las MIPYME de forma individual o asociadas entre sí. El proyecto tiene un monto de 90 millones de USD, con un plazo de ejecución de tres años que se inició en 2010”.⁸⁰ El programa prestaba apoyo en varios aspectos: asistencia técnica en consultorías especializadas, en implementación de normas de calidad, en diseño de procesos para mejorar la producción, en la capacitación del recurso humano en el ámbito internacional, en el apoyo en la inversión del equipamiento productivo y en acceso comercial a los mercados.

Aunque todos los sectores podían participar, se priorizan los relacionados con alimentos frescos y procesados, plásticos cauchos, metalmecánica, textil y calzado, cadena agroforestal sustentable y sus productos. El programa tuvo de alcance nacional, y aportaba el 80% de los fondos a través del sistema de fondos compartidos, en tanto que la microempresa el 20% restante. La cantidad máxima que financiaba era cien mil dólares por asociación y la duración de las alianzas debía ser de un mínimo de doce meses y un máximo de dieciocho.

Estas alianzas público-privadas fueron enfocadas en el desarrollo productivo alternativo y respetuoso con el medioambiente, que pretendían coadyuvar a convertir al país en productor de bienes bajo certificaciones de comercio justo y sostenibilidad ambiental. “La mayoría de las APP surgen a raíz de un concurso público donde se presenta la propuesta de la alianza, explicitando los beneficios de la misma y los impactos sociales y económicos que se generan”.⁸¹ Sin embargo, es oportuno afirmar que, por un lado, este tipo de asociaciones tiene poco recorrido en el país, y por el otro, esta forma de implementación de las alianzas público-privadas es propia de las necesidades de capital de los emprendimientos en los países en desarrollo, muy distintas de esas asociaciones para construcción de grandes proyectos de infraestructura.

En un análisis publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) respecto a los resultados de estas alianzas en proyectos agroproductivos en cinco países en vías de desarrollo (de dos continentes), los autores apuntan a un aporte gubernamental integral (con capital y asesoramiento diverso) a proyectos que generan empleo en áreas rurales:

En un contexto en el que los Estados poseen escasos recursos y una experiencia limitada, cada vez con más frecuencia, se promueve el desarrollo de alianzas innovadoras que reúnen a actores del sector privado, el gobierno y la sociedad civil como mecanismo para

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ *Ibíd.*, 12.

mejorar la productividad e impulsar el crecimiento de los sectores agrícolas y alimentarios en todo el mundo.⁸²

Estas colaboraciones conocidas como alianzas público-privadas son frecuentes en proyectos donde las cifras de inversión son realmente altas, usuales en carreteras, hidroeléctrica y otras similares, pero su aplicación en el sector agrícola y en emprendimientos productivos de naturaleza cooperativa de mediana y pequeña escala es relativamente reciente.

El estudio analizó setenta casos de agroalianzas en varios países, entre los que se cuenta el Ecuador. Los beneficios, afirman los autores, de las agroalianzas tienen que ver con la combinación de la eficiencia económica operativa que se le atribuye al sector privado y la capacidad regulatoria y financiera del sector público. Por tanto, se identifican beneficios para los dos sectores participantes en las alianzas, algunas de las asociaciones de agricultores de pequeña escala obtuvieron ingresos netos positivos gracias a la mejora del acceso a los mercados y al sector público porque contribuye al fortalecimiento de las instituciones y a la creación de empleo.

Como puede verse, países en varios continentes están usando las APP para apoyar a pequeños emprendimientos productivos, especialmente relacionados con la agroagricultura, que crean empleo en zonas con pocas oportunidades laborales. Sin embargo, los autores sostienen que en no pocos de los casos analizados no existe un marco institucional óptimo: “La complejidad de los marcos de trabajo institucionales para la participación en alianzas de agronegocios hacen que las alianzas sean vulnerables a problemas de duplicación y coordinación”.⁸³ Es, pues, evidente, que los problemas y los riesgos que presentan este tipo de vertiente de las asociaciones público-privadas en nada se asemejan a las alianzas para la construcción de megainfraestructuras entre grandes empresas privadas y los gobiernos nacionales.

Para hacer una conclusión de este capítulo, puede afirmarse que las asociaciones público-privadas aluden a acuerdos de largo plazo entre una entidad de alto nivel estatal competente y un socio privado, que se caracteriza porque ambos comparten los riesgos inherentes al proyecto. Algunos autores aseveran que en ese contrato de largo plazo para proveer un servicio público, la parte privada asume un porcentaje mayor del riesgo, en

⁸² Marlo Rankin, Eva Gálvez Nogales, Pilar Santacoloma, Nomathemba Mhlanga y Costanza Rizzo, *Alianzas público-privadas para el desarrollo de agronegocios: Una revisión de experiencias internacionales* (Roma: FAO, 2017), xi.

⁸³ *Ibíd.*, 123-4.

vista de que la retribución se vincula al desempeño.⁸⁴ Un ejemplo de eso pueden ser las carreteras de peaje, donde la entidad privada negocia con la entidad pública competente el precio que pagará el conductor por circular por la carretera.

Aunque tradicionalmente la provisión de obras y servicios ha sido financiada y gestionada por el Estado con cargo a los presupuestos del gobierno, sea este de nivel nacional o local, en ocasiones el erario no cuenta con los recursos financieros suficientes, por lo que se hace uso de contratos de asociación público-privada, estos son los contratos de diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento en los que el contratista desarrolla la infraestructura con sus propios recursos y con financiamiento de terceros bajo su cuenta y riesgo. El contratista se responsabiliza también de la gestión de la infraestructura.

Los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas conllevan un conjunto de riesgos para ambas partes, que se deben a factores diversos, entre los que se cuentan el alza de precios del material, los retrasos por imprevisiones climáticas, etc. En las alianzas público-privadas de este tipo de contratos el reparto de los riesgos se incluye en las cláusulas del propio contrato.

En cuanto a los conflictos que surgen en los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas, se llega a la conclusión de que llegan a producirse debido a que en ocasiones hay una falta de directrices claras en relación con los objetivos de las alianzas público-privadas desde el principio.

Por último, en el Ecuador los contratos de colaboración público-privada no son una figura jurídica novedosa. Una primera experiencia data de la década de los noventa del siglo inmediatamente pasado, esto en el contexto de la llamada modernización del Estado, y el segundo fue en 2014, cuando se estableció una ley cuyo objetivo era estimular al sector privado para que se aliara con el sector público en determinados proyectos de interés vital en el país⁸⁵. Añadido a estos dos hitos históricos marcados por la ley sobre el tema, en ambas ocasiones se han suscitado debates respecto al papel que desempeñan en el progreso del país.

⁸⁴ Corporación Interamericana de Inversiones, “Asociaciones público-privadas”.

⁸⁵ Ximena Vera Fernández, “Asociaciones público-privadas y concesiones administrativas” (tesis de pregrado, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2017), 27-9.

6. El caso Coca Codo Sinclair

Coca Codo Sinclair es una central hidroeléctrica construida en la región oriental del Ecuador, que se extiende por las provincias de Napo y sucumbíos. Este megaproyecto eléctrico empezó a gestarse una década antes de que finalizara el siglo XX, pero fue recién en 2007, cuando el gobierno de turno, y ante la ineficacia de la red eléctrica existente, consideró su construcción como una necesidad inaplazable: “De acuerdo con la información oficial, el proyecto energético costó US\$2.245 millones y la mayor parte del financiamiento se obtuvo a través de un crédito concedido por China”.⁸⁶ La obra se contrató con una empresa china, Sinohydro, y fue financiado por varios créditos concedidos al país por el Gobierno chino.

Aunque el objeto del contrato entre las compañías Hidroeléctrica Coca CODO Sinclair S.A. y Sinohydro Corporation era la realización de todos los trabajos previos al funcionamiento, esto es, no iba a hacerse cargo de la operación del proyecto, lo entregarían en la modalidad llave en mano. En términos del contrato, el contratista debía tener, bajo su responsabilidad técnica y de costos, ejecutar todos los trabajos descritos en el documento contrato, los que incluían:

(...) la revisión del diseño y la ingeniería conceptual, ejecución de estudios técnicos complementarios para definir las obras, desarrollo de la ingeniería básica y de detalle, suministro y/o procura de equipos y materiales, asistencia técnica, ensamblaje, gerencia de ejecución, construcción de obras, incluyendo la adquisición del TM, entrenamiento, pruebas de eficiencia de potencia y de buen funcionamiento y Puesta en Operación de las instalaciones de la central hidroeléctrica, así como a cumplir cualquier otra actividad o prestación que sea requerida para la cabal ejecución del proyecto de acuerdo a lo establecido en el contrato.⁸⁷

Antes de la entrega ya se empezaron a verificar problemas, pese a lo cual la obra se inauguró en 2016, ocasión en la que algunos de los más altos funcionarios del gobierno declararon que se convertiría en un motor que impulsaría en gran medida la economía de la zona y del país. No obstante, a poco de iniciar su funcionamiento se detectaron fallas en forma de fisuras, las que, según un informe de la Contraloría General del Estado, ocasionaron “un perjuicio de US\$10.088.551, por las ocho unidades y US\$83.789.614

⁸⁶ Boris Miranda, “Coca Codo Sinclair: los problemas de la multimillonaria represa que China construyó en Ecuador”, *BBC Mundo*, 25 de febrero de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-47144338>.

⁸⁷ Corporación Eléctrica del Ecuador, “Contrato EPC-Central Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair”, *CELEC-EC*, 7 de septiembre de 2015, 3, <https://www.celec.gob.ec/cocacodosinclair/index.php/2015-09-07-17-45-09/footers/coca-codo-sinclair2/2015-09-08-16-12-07/contrato-epc>.

por su instalación, si se consideran los costos de la construcción”.⁸⁸ Y el posible colapso de la sala de máquinas se calcula que puede sobrepasar los mil millones de dólares en perjuicio.

La novedad que trae este contrato, en cuanto a la fórmula para la resolución de controversias, es que (pese a que la legislación nacional no lo contempla) se incorpora una cláusula (en la cláusula trigésima) para la creación de una Junta Combinada de Disputas para resolver de forma pronta las controversias o disputas que pudieran presentarse a lo largo del tiempo. Se plantea una fase de negociación previa (de siete días de duración) antes de llegar a la conformación de la junta como tal, la misma que será integrada por una totalidad de tres miembros, en la eventualidad de que no se hubiera alcanzado un acuerdo en el plazo de diez días después de la notificación de la controversia:

TREINTA PUNTO TRES PUNTO UNO. - Si las Partes no suscriben el acuerdo escrito de resolución de la Controversia en un plazo no mayor de diez (10) Días Hábiles a su primera reunión, cualquiera de las Partes podrá someter la Controversia a una Junta Combinada de Disputas (Combined Dispute Board) ("Junta Combinada de Disputas" o "JCD") la cual se regirá por lo dispuesto en esta cláusula y lo dispuesto en el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI") relativo a los Dispute Board (el "Reglamento de DB"), en la medida en que no contradiga lo dispuesto en esta cláusula.⁸⁹

La composición de la junta de controversias es de un miembro por cada una de las partes más una tercera neutral, la que será elegida de mutuo acuerdo por los dos intervinientes. Cuando estos no se ponen de acuerdo al respecto, cualquiera de ellos puede apelar a la Cámara de Comercio Internacional para que elija al tercero, quien automáticamente será designado presidente de la junta.

La elección del *dispute boards* como método de solución de posibles controversias fue aplicada en varias ocasiones, como en 2012, cuando a mediados de ese año la compañía china comunicara a su contraparte ecuatoriana, la Coca Codo Sinclair, que habría retrasos en el plazo de entrega y sobre otros cinco desacuerdos en el proyecto: “Sinohydro busca una prórroga de 94 días en el plazo de entrega de la central, lo cual significa que no estaría lista para enero del 2016 sino para abril de ese año. También reclama el pago de planillas retrasadas, que se reduzca el precio de la obra por la

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ *Ibíd.*

optimización de los diseños, etc.”.⁹⁰ Y aunque las partes se reunieron para negociar, no llegaron a un acuerdo, según la Contraloría General del Estado, en cinco de las seis divergencias halladas.

La última vez que se convocó a la fue en marzo de 2013, para tratar aspectos laborales, técnicos y la postergación de la obra, el resultado de esta reunión fue que:

Se emitieron cinco directrices, las cuales fueron: (i) optimizar el campamento de trabajadores; (ii) incorporación de un sistema de potabilización; (iii) chequeos médicos periódicos con un nutricionista; (iv) mejorar el sistema de remuneraciones, horas extras y el pago de las plantillas retrasadas; y, (v) que se aplazara la entrega de la obra para inicios de 2017 debido a problemas en la construcción, crecidas irregulares del río e insuficiente personal.⁹¹

Sin duda el uso de este medio alternativo de solución previno problemas entre los trabajadores y sus empleadores chinos, lo que pudo retrasar aún más la obra, que fue entregada a finales de 2016 y no a principios, como fue estipulado en el contrato. Sin embargo, el sinnúmero de fallas descubiertas aún queda por reparar y el asunto ya ha pasado a manos de las autoridades estatales.

⁹⁰ Alberto Araujo, “Una junta analiza seis reclamos de Sinohydro en el Coca-Codo Sinclair”, *El Comercio*, 12 de julio de 2013, <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/junta-analiza-seis-reclamos-de.html>.

⁹¹ Proaño Alcívar, D. E., y M. M. Guevara Ruales. “Las virtudes de los Dispute Boards y su aplicación en Ecuador”. *USFQ Law Review*, vol. 6, n. ° 1 (agosto de 2019), 166, doi:10.18272/lr.v6i1.1372.

Capítulo segundo

Mecanismos de solución de controversias en el contexto de los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos se han convertido en las últimas décadas en valiosos recursos de gestión de diferencias entre las partes participantes en un contrato de construcción. Son particularmente beneficiosos para el inversionista privado de grandes obras de infraestructura, que encuentra celeridad en estos métodos, a diferencia de lo que ocurre en el sistema judicial, donde los tiempos son tan largos que acarrear grandes pérdidas económicas y de prestigio para la parte privada de un contrato de asociación público-privada.

1. El uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos

Es conocida la dificultad que implica acudir a los tribunales jurisdiccionales para resolver los conflictos que pudieran presentarse durante el desarrollo de los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de las asociaciones público-privadas, puesto que la justicia ordinaria se toma una cantidad de tiempo extensa para resolver y fallar, y el tiempo es uno de los recursos más escasos y valiosos en el ámbito de los negocios. Lo mencionado ha derivado en el surgimiento de diversos métodos alternativos de solución de controversias que tienen por objetivo eludir la opción judicial. En todas partes la justicia ordinaria (o tradicional) lleva mucho tiempo, a menudo un juicio demora un tiempo excesivamente largo, por ejemplo, David S. Kaplan y Joyce Sadka indican que: “Un juicio laboral en México, de acuerdo a la Ley Procesal, debería tomar poco más de 100 días. Sin embargo, toma más de dos años en promedio desde el inicio de la demanda hasta la emisión del laudo”.⁹² En Ecuador las causas se estancan ya desde la audiencia preliminar: “Un año y dos meses tuvo que esperar Elena P. para que un Juzgado de lo Laboral realice una audiencia preliminar ante su demanda por un

⁹² David S. Kaplan y Joyce Sadka, “Justicia laboral: dos años de proceso si bien le va”, 1 de marzo de 2016, *Animal Político*, <https://www.animalpolitico.com/mexico-como-vamos/la-importancia-de-una-reforma-de-justicia-laboral-en-mexico/>.

despido intempestivo”.⁹³ La falta de personal es el problema crónico de la judicatura nacional, a lo que se le debe sumar la impericia de un personal no suficientemente cualificado y una falta de control general de las actividades de sus funcionarios por parte de la Administración pública.

Adicionalmente, la participación de varias partes en este tipo de contratos en ocasiones conlleva a que no siempre estén sujetas a la misma jurisdicción, ni a una sola ley, suele ser común que se normen por una multiplicidad de leyes y ordenamientos de ámbito internacional que cuentan con cada vez mayor influencia en el ámbito local. Según Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, “las diferentes expresiones de este fenómeno conocido como MARC se hacen cada vez más presentes en nuestros países”.⁹⁴ Estos son promovidos principalmente por la sociedad civil, y al mismo tiempo son valorados por las instancias gubernamentales, tanto en la administración de justicia como en el sector educativo. Asimismo, Cornelio Landero afirma que los mecanismos alterativos de solución de conflictos tienen cada vez un mayor uso, por “su flexibilidad, permiten que las partes en conflicto vean resultados en menos tiempo, lo que no ocurre cuando estamos frente a un proceso preestablecido, como acontece en los juicios regulados por determinada norma jurídica procesal”.⁹⁵ En este contexto se hace imprescindible contar con un conjunto de mecanismos alternativos de resolución de controversias, de pequeño o gran calado, para disminuir el riesgo de fracaso del proyecto.

En vista de que el mantenimiento de óptimas relaciones entre las partes es fundamental para el éxito de los contratos de asociación público-privada, y se debe procurar evitar que surjan los conflictos o que pese a las previsiones se presente los problemas, en este capítulo se van a abordar los métodos alternativos a la justicia ordinaria de resolución de conflictos, tales como la negociación directa, la mediación, las *dispute boards* y el arbitraje.

⁹³ Redacción, “La falta de personal demora las causas en los juzgados laborales”, *El Comercio*, 11 de agosto de 2011, <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/falta-de-personal-demora-causas.html>.

⁹⁴ Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, *Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia de los países americanos*, OEA/Ser.G GE/REMJA/doc.77/01, 3 diciembre de 2001.

⁹⁵ Cornelio Landero, “Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano”, *Barataria*, n. ° 17 (junio de 2014): 89.

2. Negociación directa

La negociación directa es uno de los principales métodos de resolución de conflictos, pues tiene como sustancial ventaja que sienta a los involucrados frente a frente, para que intenten resolver los problemas que se han presentado. Al respecto, las Naciones Unidas consideran que si se presta atención especial a los intereses de los involucrados, “la solución de controversias suele conllevar negociaciones directas entre las partes o la asistencia de un tercero neutral, por ejemplo un mediador o un defensor”.⁹⁶ Porque cuando se priorizan los derechos, la solución precisa de una tercera parte completamente neutral que aplique normas consensuadas previamente a unos hechos cuyo relato está en disputa, sobre los que deberá pronunciarse respecto a qué derechos prevalecen y para qué parte.

La negociación directa es definida como “el contacto personal inmediato con el fin de intercambiar intereses y propuestas. Normalmente no conllevan la facilitación por terceros o su asistencia en el proceso de negociación”.⁹⁷ Una de las características principales de este método de resolución de conflictos es la voluntad de ceder con que la afronta cada una de las partes. Según San Cristóbal Reales, es “frecuente que las partes o al menos una de ellas, intente llegar a un acuerdo antes de acudir a la vía jurisdiccional o arbitral, por lo que suele ser el primer sistema de resolución de conflictos al que acuden las partes”.⁹⁸ Incluso cuando ya se ha iniciado un proceso legal, las partes pueden hacer uso de la negociación directa.

Treviño Moreno afirma que la negociación directa no es un mecanismo jurídico para la solución de controversias propiamente dicho, pero esta es usada con cierta frecuencia por su utilidad, debido a que cuando las partes pactan voluntariamente una solución a sus conflictos son más firmes en sus decisiones, que cuando un tercero les impone la solución. Sostiene el mismo autor que: “La negociación directa es un medio de solución de conflictos *inter partes* cuyo fin es obtener un acuerdo o solución sin la participación de terceros; suele ser una etapa necesaria, que previene el crecimiento del

⁹⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo: controversias entre inversores y estados: prevención y alternativas al arbitraje* (Berna: Naciones Unidas, 2010), XV.

⁹⁷ *Ibíd.*, xiii.

⁹⁸ Susana San Cristóbal Reales, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. XLVI (2013): 44.

conflicto y debe tender a su inmediata resolución”.⁹⁹ En proyectos de mayor magnitud y complejidad es frecuente que haya grupos de coordinación que representen a las partes contratantes, así como terceros admitidos por su condición de expertos en algún tema relacionado con el conflicto a dirimir.

San Cristóbal Reales, por su parte, también admite la participación de un tercero en la negociación cuando se le ha solicitado “una opinión experta sobre algún tema (aunque su opinión nunca es vinculante) para orientar la resolución del conflicto”.¹⁰⁰ Asimismo, es admisible que las negociaciones se lleven a cabo a través de abogados o apoderados nombrados por los intervinientes como sus representantes, pero siempre en casos de gran complejidad.

Ahora bien, entre las ventajas que tiene este método de solución de conflictos pueden mencionarse las siguientes:

1. Es barata. Ya que no hace uso de terceras personas, no precisa de pagar honorarios, ni incurre en otros gastos, excepto cuando el tema precisa de la inclusión de expertos, como en contratos de altas cuantías.
2. Es voluntaria. Las partes acuden por decisión propia.¹⁰¹
3. Es autocompositiva. Esto es, se trata de “una forma de resolver una disputa sin que un tercero decida en el asunto”.¹⁰²
4. Es un mecanismo que se caracteriza por su celeridad. Se lleva a cabo tan rápido como las partes puedan y acuerden reunirse.
5. Es discreto. Puede ser llevado a cabo sin que se enteren más que las personas presentes, y si no prospera no cambia el estado de la situación.
6. Acepta consejos. Pueden usar expertos como consejeros si precisan de su asesoramiento.

Pese a las ventajas mencionadas, también presenta desventajas, que pueden resumirse en las siguientes:

1. No hay filtro. Es decir, cuando los ánimos se encuentran caldeados los participantes pueden expresar sus opiniones frente a frente, lo que, si bien

⁹⁹ Francisco Treviño Moreno, *Medios alternativos para la solución de controversias* (Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2019), 5.

¹⁰⁰ San Cristóbal Reales, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, 44.

¹⁰¹ Treviño Moreno, *Medios alternativos para la solución de controversias*, 6.

¹⁰² *Ibíd.*

permite clarificar las posiciones de cada uno, podría encontrar aún más las diferencias.

2. Cuando las controversias no son transigibles no se puede usar.
3. No es jurídicamente vinculante. Por lo menos no lo es si no se llega a un acuerdo en tal sentido.
4. No puede utilizarse cuando el conflicto se ha judicializado, pues la entidad no puede acceder sin el visto bueno de Procuraduría. En este caso podría funcionar en algunas cuestiones técnicas.¹⁰³

Como puede colegirse de la consignación de las ventajas y desventajas, las primeras son mayores que las segundas, tanto cuantitativa como cualitativamente. De forma adicional, puede concluirse de forma preliminar que las desventajas pueden disminuirse si el mediador tiene experiencia y conocimiento y conduce el asunto con suficiente destreza.

3. Mediación

El contenido semántico del verbo mediar es ciertamente rico y variado. El Diccionario de la Real Española de la Lengua tiene nueve acepciones para este término, de las cuales cuatro se relacionan con el tema de estudio en este acápite:

2. intr. Interceder o rogar por alguien. *Mediará por él en el juicio.*
3. intr. Actuar entre dos o más partes para ponerlas de acuerdo en un pleito o negocio. *Medió entre los dos vecinos. En la venta del piso medió un agente inmobiliario.*
4. intr. Participar o intervenir en algo. *En el cambio climático media la mano del hombre. [...].*
9. tr. p. us. Intervenir en algo. *Ellos, como miembros de justicia, mediaron la causa y fueron árbitros de ella.*¹⁰⁴

En todos estos actos interviene la mediación, sea en un juicio donde lo que está en juego es una cantidad elevada de dinero, una transacción inmobiliaria o una pelea de vecinos. Gozaíni, a propósito, sostiene que “mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarnos y unirlos en amistad”.¹⁰⁵

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. (Madrid: Espasa-Calpe, 2014).

¹⁰⁵ Oswaldo Alfredo Gozaíni, *Formas alternativas para la resolución de conflictos* (Buenos Aires: Depalma 1995), 71.

En el Ecuador se encuentra una definición en la Ley de Arbitraje y Mediación, que en su artículo 43 la señala como un procedimiento para solucionar conflictos, en el cual las partes, asistidas por un mediador, “procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.¹⁰⁶ Al ser una negociación de carácter voluntario, lo acordado vincula a las partes igual que una sentencia judicial, en virtud del acta de mediación, lo que es determinante para su efecto.

San Cristóbal Reales dice de la mediación que este es un sistema de gestión de controversias de carácter estrictamente voluntario, en el que “las partes en conflicto, con la ayuda de un tercero neutral (el mediador), resuelven sus diferencias alcanzando por sí mismas un acuerdo”.¹⁰⁷ El mediador tiene que cumplir una función de nexo, de canal de comunicación entre los participantes mediante la creación de espacios de diálogos en los que ambos lados puedan expresar su punto de vista de la cuestión en conflicto, y procurar acercar posiciones que permitan arribar al acuerdo buscado.

Rozenblum indica que es un proceso “extrajudicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas, es creativo, porque mueve a la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de las partes, e implica no restringirse a lo que dice la ley”.¹⁰⁸ Adicionalmente, la solución a la que se llegue no la impone una tercera persona, como en el arbitraje, donde los jueces o árbitros tienen esa potestad, en esta modalidad es creada en consenso por ambas partes.

De Armas Hernández establece como una característica de la mediación que esta es una negociación cooperativa, en la medida que promueve una solución en la que las partes implicadas ganan u obtienen un beneficio, y no solo una de ellas”.¹⁰⁹ Por esta razón se la considera una alternativa no adversarial, ya que evita el antagonismo ganador-perdedor. Por lo mismo, este proceso es ideal para el tipo de conflicto en el que las partes involucradas después deban continuar manteniendo una relación, generalmente de orden laboral.

Shapiro estima que para que la mediación sea posible las partes deben encontrarse motivadas, condición indispensable para que se pongan de acuerdo en cooperar con la

¹⁰⁶ Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial 145, 4 de septiembre de 1997, art. 43.

¹⁰⁷ San Cristóbal Reales, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, 47.

¹⁰⁸ Sara Rozenblum, *Mediación en la escuela* (Buenos Aires: Aique, 1998).

¹⁰⁹ Manuel de Armas Hernández, “La mediación en la resolución de conflictos”, *Educar*, n. ° 32 (2003): 126.

persona que hace las funciones de mediadora y resuelvan la disputa, pero también, asegura, para que haya respeto mutuo mientras se realiza el proceso y después del mismo, “y respetar los acuerdos que se hayan alcanzado, circunstancia que ocurre con un alto índice de cumplimiento, porque son los que los mismos interesados han propuesto y se han comprometido a cumplir, pues la reflexión sobre la mediación ayuda a todos a entender el conflicto y su dimensión ideológica”.¹¹⁰

Para Moreno Martín el uso de la estrategia mediadora como una de las formas preferidas para afrontar conflictos en la cultura occidental halla su explicación en “los cambios sobre la concepción de la naturaleza del conflicto humano. Lo que hoy se entiende por conflicto en la mayor parte de los ensayos, manuales y eventos académicos es sustancialmente distinto a lo que unas décadas atrás era a visión mayoritaria en los escritos especializados”.¹¹¹ Esta circunstancia ha allanado el camino por el que la mediación ha podido abrirse camino como una alternativa en la resolución y gestión de conflictos.

San Cristóbal Reales, asimismo, considera que para conseguir llegar a una situación de acuerdo entre las partes “el mediador puede utilizar medidas persuasivas, integradoras e incluso disuasorias, con el fin de acercar las posturas de ambas, y propiciar un acuerdo que en ningún caso será impuesto por el mediador, sino aprobado por los propios interesados”.¹¹² Por consiguiente, la persona mediadora intenta superar las situaciones de bloqueo con técnicas que provienen, por lo general, de la psicología, la comunicación, e inclusive de la diplomacia.

En definitiva, la mediación es un proceso alternativo por el cual un tercero neutral se presta para ser el canal mediante el cual las partes en conflicto confronten sus puntos de vista con perspectiva, lo que les ayudará a encontrar una solución, que puede proponer cualquiera de ellos. La persona que hace las funciones de mediación no tiene poder de decisión sobre el asunto a dirimir, pero estimula a las partes para llegar a un acuerdo. En cuanto a los requisitos para ser mediador, el artículo 48 de la Ley de Arbitraje y Mediación determina que para “estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta Ley, deberá contarse con la autorización escrita de

¹¹⁰ Daniel Shapiro, “Negotiating emotions”, *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 20, n. ° 1 (2002): 68.

¹¹¹ Florentino Moreno Martín, “La mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto”, en *Mediación: un método de ? conflictos: estudio interdisciplinar*, coord. Nicolás González-Cuéllar Serrano, Ágata M^a Sanz Hermida y Juan Carlos Ortiz Pradillo (Madrid: Constitución y Leyes, 2010), 22.

¹¹² San Cristóbal Reales, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, 47.

un centro de mediación”.¹¹³ La autorización está sujeta a que el candidato o la candidata haya realizado y aprobado cursos académicos o pasantías.

Puesto que el tercero no tiene estatus de juez o de árbitro, es una persona elegida por sus cualidades de creatividad y ecuanimidad, que ayuda a las partes a llegar a una decisión que convenga a todos. Las cualidades exigidas para ejercer de árbitro no constan en la ley orgánica del área, sin embargo, el Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana determina en su artículo 19 que para ser árbitro es preciso cumplir con los siguientes requisitos:

1. Tener al menos 35 años;
2. Justificar 10 años de experiencia profesional;
3. Acreditar conocimientos suficientes en materia de arbitraje;
4. De preferencia dominar el idioma inglés;
5. Tener una solvencia moral y acreditar idoneidad profesional y ética;
6. Tener título de abogado y Doctor en Jurisprudencia en los casos de arbitrajes en derecho.¹¹⁴

Respecto al numeral sexto es preciso abundar en el hecho de que solamente se necesita título de abogado cuando el tema de que se trata se refiere a derecho, no así en los otros casos. De hecho, es lógico suponer que, si el conflicto se relaciona con otros temas, se elija un mediador que conozca de la materia.

Naciones Unidas propone que en los conflictos entre Estados y particulares en el marco de una disputa de asociación público-privada la mediación es una de las formas alternativas de solución y una opción al arbitraje:

La mediación conlleva la intervención de un tercero neutral (el mediador) en la controversia quien, a petición de ambas partes, les ayudará a encontrar una solución. El papel del mediador puede variar desde la ayuda prestada para que las partes establezcan un diálogo hasta la propuesta y organización efectivas de un arreglo viable para la controversia. Aunque el mediador intervendrá en la controversia a petición de las partes, asumirá el control del proceso del arreglo en cierta medida y en detrimento de estas.¹¹⁵

¹¹³ Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial 145, 4 de septiembre de 1997, art. 48.

¹¹⁴ Centro Internacional de Comercio, “Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana”, *intracen.org*, accedido 26 de octubre de 2020, <https://www.intracen.org/Reglamento-para-el-Funcionamiento-del-Centro-de-Arbitraje-y-Mediacion-de-la-Camara-de-Comercio-Ecuatoriana-Americana/>.

¹¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo: controversias entre inversores y estados: prevención y alternativas al arbitraje*, 22.

De esa intervención, voluntaria en toda su extensión, se obtendrá como resultado la solución de la controversia. Pese a ser voluntaria la participación, la ley establece que una vez que el acuerdo consta en el acta de mediación, “tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación”.¹¹⁶ Este método ha adquirido legitimidad en tanto que la tercera persona participa por sus habilidades profesionales, y con la autoridad legal y jurisdiccional que le conceden la ley y reglamento de la institución para poner fin al conflicto, pese a que la labor que realiza es -sobre todo- de persuasión, coloca la situación en perspectiva y lleva a los involucrados a ponerse en el lugar del otro para ceder en sus posiciones sin perjudicarse.

Respecto a la mediación de conflictos en derecho público, es interesante aludir, aunque sea brevemente, a la conciliación¹¹⁷ en la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia, de la que Dussán Hernández afirma que la conciliación, y en especial “la conciliación extrajudicial administrativa, se ha ido introduciendo lentamente en la mentalidad de los servidores públicos, quizás por la preconcebida según la cual es mejor no comprometer por esta vía el erario público y esperar por lo tanto una sentencia judicial”.¹¹⁸ Esto como uno más de los recursos que la administración de justicia pone a disposición de los ciudadanos, en parte por el problema ya mencionado de lentitud de los procesos debido a la saturación del sistema judicial.

Para Bermejo Galán, en no pocas ocasiones las controversias que se suscitan entre los particulares y la Administración surgen debido a desacuerdos alrededor de derechos y obligaciones respecto a los cuales existe la potestad de la libre disposición: “En estos casos, con el propósito de descongestionar los despachos judiciales en la rama contencioso-administrativa, se acepta la posibilidad de zanjar la controversia o desatar la litis, antes de que sea necesaria la intervención del funcionario judicial”.¹¹⁹ La participación del conciliador tiene por objetivo aproximar las posiciones de los

¹¹⁶ Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial 145, 4 de septiembre de 1997, art. 47.

¹¹⁷ La conciliación sería la figura equivalente a la mediación en el derecho colombiano.

¹¹⁸ Omar Dussán Hernández, “La conciliación en la jurisdicción contenciosa administrativa”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XII, n.º 24 (julio-diciembre de 2009): 230.

¹¹⁹ Jaime Bermejo Galán, “La conciliación prejudicial contenciosa administrativa”, *Jurídicas CUC*, vol. 11, n.º 1 (2015): 110.

involucrados mediante el uso de una institución representativa, de la sociedad o del Estado, y sobre cuya autoridad no se cuestiona ninguna de las partes.

Sería interesante plantear que en la normativa ecuatoriana se introdujese la mediación en más ámbitos como una alternativa para el ciudadano ante ciertos conflictos, pues existe en el sistema judicial ecuatoriano la misma necesidad de descongestionar a las administraciones de justicia, por un lado, y de desjudicializar la vida de las sociedades, por el otro.

4. *Dispute board*

Este es un procedimiento que se origina en el derecho internacional, ya que se desarrolla en el marco de las disputas del comercio internacional. Tal es así que Naciones Unidas lo define como un: “Procedimiento privado, voluntario y confidencial frecuentemente utilizado en el contexto de una relación (contractual) a largo plazo entre las partes. Se crea un grupo permanente de expertos informados, por lo general en el momento en que se establece la relación entre las partes, a fin de abordar con rapidez las controversias a medida que surjan”.¹²⁰ Las recomendaciones del grupo de expertos pueden ser vinculantes o no, ello dependerá de lo pactado previamente por las partes. También existe la opción de que se usen durante un periodo de tiempo determinado, lo que implica que se pueden revisar al finalizar ese plazo.

Valverde y Márquez ubican al *dispute board* como uno de los mecanismos alternativos de resolución de controversias (MARC) utilizados en las disputas que pueden surgir en los proyectos de asociación público-privada sobre temas ligados a las obligaciones de las partes:

Estas situaciones no son cuestiones que cojan por sorpresa a las partes, ya que, ellas mismas, teniendo conocimiento de estos riesgos, establecen cláusulas para resolver sus disputas, a través de mecanismos extrajudiciales de solución. Estos mecanismos son los que conocemos como Mecanismos Alternativos de Resolución de Controversias [En adelante, MARC]. Pero, especialmente, uno de ellos ha adquirido, recientemente, importancia entre los particulares.¹²¹

¹²⁰ Organización de las Naciones Unidas, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Controversias entre inversores y Estados: Prevención y alternativas al arbitraje*, xv.

¹²¹ Gianpierre Valverde y Nadine Márquez, “Revisar o no revisar, he ahí el dilema: breves reflexiones sobre la impugnabilidad de las decisiones de los *dispute boards* en la vía arbitral”, *Themis*, n.º 71 (2017): 118.

Este es el *dispute board*, pese a que es uno de los que presenta mayor complejidad al ser un proceso de más largo plazo e involucrar a un número mayor de personas que los otros. Los autores los definen como un panel especializado e imparcial de profesionales que se instala desde el inicio de un contrato de construcción con el fin de resolver las disputas que, eventualmente, surgirán durante el progreso de la obra. Esta junta, manifiestan los autores, emite recomendaciones o decisiones, dependiendo de las disputas sometidas a su autoridad, “presentándose, con cada modelo de Dispute Boards adoptado, una ecuación diferenciada de obligatoriedad para las partes”.¹²²

López Ospina localiza la creación y el uso del mecanismo *dispute boards* en los países desarrollados, como un instrumento útil en la resolución de los conflictos que surgían en los grandes proyectos de infraestructura. “Gracias a la evolución que han presentado a lo largo de los años, actualmente se utilizan en todo tipo de proyectos y cuestiones comerciales que necesiten de un proceso de mediación ágil y especializado que les permita resolver las disputas que se puedan llegar a presentar en desarrollo de los contratos”.¹²³

Al respecto, Valverde y Márquez establecen que los orígenes de los *dispute boards* se remontan a los años de la Segunda Guerra Mundial, cuando los contratos de obra se hicieron más complejos debido al surgimiento de otras variables, como la evaluación de los impactos ambientales. Indica que: “En dicha época, se notó un desgaste en algunas prácticas tradicionales de solución de controversias marcadas por el desequilibrio y por la parcialidad. Fue entonces que la industria de la construcción pasó a buscar formas más sensibles de composición de conflictos para los contratos de obra”.¹²⁴

Sobre el significado de *dispute boards*, Chern define este método como un “‘job-site’ adjudication process”,¹²⁵ cuya traducción indica que estos son un proceso de adjudicación realizado desde el lugar de trabajo. Se está de acuerdo con esta definición, ya que los panelistas (o integrantes de la junta) tienen como tarea principal visitar el sitio de la obra para conocer los avances y la situación general, lo que implica que requieren

¹²² *Ibíd.*, 120.

¹²³ Inés Verónica López Ospina, “La importancia de implementar *dispute boards* como medio alternativo de solución de conflictos en la ejecución de contratos de obra en Colombia”, *Universitas Estudiantes*, n.º 14 (diciembre de 2016): 66.

¹²⁴ Valverde y Márquez, “Revisar o no revisar, he ahí el dilema: breves reflexiones sobre la impugnabilidad de las decisiones de los *dispute boards* en la vía arbitral”, 121.

¹²⁵ Cyril Chern, *Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure* (Nueva Jersey: Wiley-Blackwell Publishing, 2008), 2.

de cierta regularidad, es decir, reunirse con frecuencia y hacer un seguimiento riguroso de la situación de la obra.

Para concluir con la conceptualización de este mecanismo alternativo de resolución de controversias, López Ospina los considera como “cuerpos colegiados o comités permanentes que se utilizan en el desarrollo de contratos de obra a mediano o largo plazo y cuyos pronunciamientos pueden tener el carácter de decisiones o de recomendaciones, según el tipo de panel que las partes hayan decidido componer”.¹²⁶ Vendrían a ser un comité de supervisión que dura lo que el desarrollo de la obra, integrado por profesionales de las diversas áreas que concurren en estas tareas.

Jiménez Figueres y Caivano señalan que este mecanismo se originó en los Estados Unidos de principios de 1970, cuando los ingenieros vieron que aumentaba constantemente el número de controversias entre los contratistas y los dueños de las obras de proyectos de infraestructura de ciertas dimensiones. “En ese entonces se vislumbró que tales controversias requerían de un método diferente a los conocidos pues, si estos no eran adecuadamente gestionados, inevitablemente podían dar lugar a retrasos en las obras y aumentos en los costos”.¹²⁷

Sobre la composición de esta herramienta, Rodríguez Fernández manifiesta lo siguiente:

Los Dispute Boards son comités encargados de resolver las disputas de una manera ágil y económica, generalmente se constituyen desde el inicio del contrato y se mantienen con permanencia y remuneración durante toda la duración del mismo. Los Dispute Boards están compuestos por uno o tres miembros que conocen a profundidad el contrato y su ejecución, ayudan de manera informal a las partes a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del contrato y emiten recomendaciones o decisiones con respecto a cualquier disputa que le planteen las partes.¹²⁸

Como puede verse, este mecanismo tiene un fuerte carácter preventivo, ya que el comité trabaja desde dentro, ejerciendo una supervisión sobre los términos del contrato primero, y en las tareas que se realizan durante el tiempo de duración del contrato.

Para ser miembro de un comité de este tipo es preciso cumplir varios requisitos: ser independientes, disponer de tiempo y revisar todo lo concerniente a la obra.

¹²⁶ López Ospina, “La importancia de implementar dispute boards como medio alternativo de solución de conflictos en la ejecución de contratos de obra en Colombia”, 67.

¹²⁷ Dyalá Jiménez Figueres y Roque J. Caivano, Funcionamiento de los ‘dispute boards’ de la CCI y su encuadre en el derecho argentino”, *Revista Internacional de Arbitraje*, n. ° 6 (enero-junio de 2007): 150.

¹²⁸ Maximiliano Rodríguez Fernández, “Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del engineer y de los dispute boards”, *Mercatoria*, vol. 5, n. ° 2 (2006): 8.

La independencia de los miembros del DB es el punto de mayor relevancia para las partes involucradas en un Contrato de Construcción Internacional. Lo anterior, si se tiene en cuenta que la figura fue creada con el propósito de dejar atrás la vieja discusión acerca de la independencia del llamado Engineer o Administrador de Proyectos en los contratos modelo de FIDIC. Como Regla general, todos los Miembros del DB deben ser y permanecer independientes de las Partes. Ello implica que su elección por las partes no genera vínculo contractual alguno y no los hace subordinados de las mismas.¹²⁹

No se hallan vinculados con la empresa privada, ni con el sector público, su vinculación laboral es con el proyecto mismo, por lo que sus obligaciones se circunscriben a las necesidades del objetivo de concluir la obra sin problemas, ni sobresaltos. Para asegurar esta independencia como condición inexcusable de los integrantes del comité, los candidatos deben firmar un contrato de independencia, así como elevar una comunicación escrita a las partes firmantes del contrato y a los demás miembros del comité.

Es por esta condición que las *dispute boards* se consideran como herramientas que contribuyen a la neutralidad y la objetividad del desarrollo del proyecto, pues crean con su supervisión una atmósfera más realista al establecer los hechos desde la neutralidad. De este modo, puede afirmarse que este instrumento es más útil en la prevención de conflictos que en la solución de las controversias.

La legislación nacional no reconoce los *dispute boards*, lo que desestimula su uso en el país, tanto en el área pública como en el sector privado, lo que, en opinión de Proaño Alcívar y Guevara Ruales, se debe a: “(i) al poco uso que se le ha dado en Ecuador; (ii) el tiempo de existencia de esta figura; y, (iii) a lo novedoso o extraño que resulta este mecanismo”.¹³⁰ Esto, sin embargo, no determina una incompatibilidad de uso de este método alternativo de resolución de conflictos. Escobar Muñoz considera que la legislación aplicable al contrato “debe ser considerada por los miembros del Dispute Board de manera conjunta con las normas contractuales y el Reglamento de la CCI y es plenamente compatible con el derecho positivo del Estado”.¹³¹ La legislación que se aplique depende de si el contrato se ha celebrado en Ecuador y la legislación pactada es la nacional, esta debe considerarse para el *dispute board*.

¹²⁹ *Ibíd.*, 13.

¹³⁰ David Proaño Alcívar y Marco Guevara Ruales, “Las virtudes de los *dispute boards* y su aplicación en Ecuador”, *USFQ Law Review*, vol. VI (septiembre de 2019): 165-78.

¹³¹ Andrea Escobar Muñoz, “Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2014), 39.

4.1 Los contratos internacionales de obras, los FIDIC y los *dispute boards*

El desarrollo y evolución de los países precisa que los gobiernos se empeñen en la construcción de grandes y pequeñas obras de infraestructura, algunas de las cuales las llevan a cabo empresas de ámbito internacional, lo que ha originado la creación del marco jurídico que permita y el funcionamiento de compañías internacionales en colaboración con las entidades estatales nacionales. Estos contratos, por sus dimensiones y sus características, han sido calificados por los banqueros con la expresión proyecto finanzas (Project Finance), que aluden al tipo de proyectos de obras que requieren financiación total o parcial.

Hoy en día encontramos que la financiación de la ejecución de proyectos de infraestructura en los países en vía de desarrollo, se ha desarrollado una necesidad de conciliar las diferencias entre el sistema de derecho continental y el sistema de derecho común y los contratos tipo o modelo de uso común en el desarrollo de este tipo de proyectos. Grandes proyectos de infraestructura se realizan a través de la participación de diferentes instituciones financieras de diferentes países, incluidas las organizaciones multilaterales de crédito, más aún cuando hablamos de proyectos que se adelantan en países en vía de desarrollo donde la obtención de recursos es limitada.¹³²

En este tipo de contratos participan con gran ventaja competitiva empresas europeas, norteamericanas (Estados Unidos y Canadá) y japonesas (en los últimos años también chinas), por sus evidentes ventajas en ciencia y tecnología. Y en ese contexto se han desarrollado modelos de figuras contractuales usadas por todas las compañías y los gobiernos para este tipo de proyectos, entre las que se pueden mencionar los contratos de garantías, los de seguro y reaseguro, los de obra, etc. La implementación de estos instrumentos jurídicos ha conseguido acoger las necesidades legales de las partes intervinientes en los contratos de obras de infraestructura, aunque pertenezcan a sistemas jurídicos disímiles.

Y justamente en la búsqueda de conciliar las diferencias entre el derecho de tradición romana y el *Common Law* en el campo de la construcción internacional derivó en la creación de estándares aplicables a ambos sistemas sin que entren en conflicto, además de abrir una discusión respecto a la existencia de la conocida como *Lex Mercatoria* de la construcción de ámbito mundial.

¹³² Maximiliano Rodríguez Fernández, “El contrato internacional de construcción: aspectos generales”, *Mercatoria*, vol. 5, n.º 1 (2006): 3.

Esta discusión se origina principalmente con motivo de la creación de contratos modelo que han obtenido un desarrollo significativo gracias a la intervención de instituciones como la Federación Internacional de Consejos de Ingenieros (“FIDIC”), institución que ya desde 1913 viene estudiando los contratos internacionales de construcción y creando contratos tipo o modelo de uso común en el desarrollo de este tipo de proyectos.¹³³

Este tipo de contratos (y otros similares) y sus relaciones jurídicas han sido objetivo de estudios durante largo tiempo por parte de distintas y diversas instituciones y expertos, lo que llevó a la International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) a crear los contratos que actualmente han tomado como nombre la sigla de la institución y que se reconocen por una denominación en colores y por establecer en sus cláusulas formas alternativas de resolución de conflictos, cuando estos se presentan.

Es, pues, lógico suponer que la industria de la construcción se caracteriza por ser altamente conflictiva, debido a los cambios y modificaciones que se presentan durante el desarrollo, lo que precisa de nuevos acuerdos entre las partes, que no siempre se pueden llevar a cabo dentro de los términos fijados en las cláusulas del contrato. Por ello, Figueroa Valdez considera que en la industria de la construcción y en la comunidad legal se perciben los beneficios en duración y costos de los medios alternativos de solución de conflictos como el arbitraje, frente a la litigación: “en los proyectos de construcción es importante que las partes puedan contar con métodos para obtener resoluciones obligatorias para resolver sus diferencias sobre bases provisionales, de modo que la ejecución del proyecto pueda continuar mientras las partes esperan el resultado de un proceso arbitral o de litigación”.¹³⁴ La solución para ese problema ha sido el *dispute board*, según el autor, por lo que resulta ya común que en los proyectos internacionales de construcción se introduzcan en los contratos cláusulas que establezcan este método alternativo de resolución de conflictos como una instancia prearbitral o prejudicial:

Así, por ejemplo, existe numerosos e importantes proyectos en que los *dispute board* han sido empelados, a saber: el proyecto del túnel bajo el Canal de la Mancha; el aeropuerto de Hong Kong; el proyecto hidroeléctrico, Ertan en China; el proyecto para el túnel del tren bajo el Canal de la Mancha, en Gran Bretaña; el túnel de Eisenhower en Colorado, Estados Unidos; la autopista de Mount Baker rRdge, en Washington; el túnel de Chambers Creek, en Washington, el proyecto de la Central Hidroeléctrica El Cajón en Honduras.¹³⁵

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ Juan Figueroa Valdez, “Los dispute boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción”, *Gaceta Jurídica*, n.º 64 (octubre de 2010): 109.

¹³⁵ *Ibíd.*, 110.

Más recientemente, a mediados de la década de los noventa del siglo XX, las juntas de disputas han sido aplicadas (en los Estados Unidos) en todo tipo de contratos de obras, como edificios públicos y autopistas, entre otras. El uso de la expresión *dispute board* en contratos de construcción FIDIC se remonta a 1995, en el libro naranja. Después la junta técnica de disputas se extendió a todos los contratos de construcción de ciertas dimensiones.

En este tipo de contratos el *dispute board* ha tenido mayor desarrollo, de acuerdo a lo que sostiene Chern:

Según la sección 20.2 de la FIDIC de la condición general (construcción - libro rojo) en cuanto al nombramiento de la junta de resolución de disputas, todas las disputas deben ser resueltas por una junta de resolución de disputas que haya sido designada conjuntamente por las partes del contrato antes de una fecha determinada, como se establece en el apéndice de la licitación. Según esta sección del contrato de la FIDIC, la junta de resolución de disputas debe estar compuesta por una o tres personas debidamente calificadas, pero si el número no está establecido y las partes no acuerdan lo contrario, la junta de resolución de disputas estará compuesta por tres personas, con cada partido nominando un miembro para la aprobación de la otra parte. Después de que cada parte haya designado a un miembro, las partes deben consultar a ambos miembros y luego acordar el tercer miembro, que luego será designado para actuar como presidente.¹³⁶

En ocasiones, y en previsión de posibles retrasos y desacuerdos, en el texto del contrato se incluye una lista de candidatos a miembros, todos ellos cualificados y consensuados entre las partes.

Una vez que la junta de resolución de disputas esté en su lugar, si surge una disputa (de cualquier tipo) entre las partes en relación con, o que surja de, el contrato o la ejecución de las obras, incluida cualquier disputa sobre cualquier certificado, determinación, instrucción, opinión o valoración del ingeniero, cualquiera de las partes tiene la libertad de remitir la disputa por escrito a la junta de resolución de disputas para su decisión, siempre que envíe copias a la otra parte y al ingeniero. Cualquier referencia que se haga debe indicar que se da en la sección 20.4 de las condiciones generales.¹³⁷

En América Latina el primer proyecto de construcción FIDIC a gran escala que utilizó figura del *dispute board* fue la hidroeléctrica El Cajón, en Honduras, en 1980. Y desde ese año se empezaron a sumar en la región proyectos que han se beneficiaron en alguna medida de ese mecanismo de resolución de conflictos. “Varios proyectos en Honduras, Panamá, El Salvador y Chile, como meros ejemplos, han ya contado con la participación de los Dispute Boards como mecanismos eficientes para solución de

¹³⁶ Cyril Chern, *Chern on Dispute Boards: practice and procedure*, 2.ª ed. (Iowa: Wiley-Blackwell, 2011), 82.

¹³⁷ *Ibíd.*

controversias in situ y en forma contemporánea a la realización de los proyectos”.¹³⁸ El más importante de ellos en Centroamérica es la ampliación del Canal de Panamá, en 2007.

De este modo, puede afirmarse que el panel de expertos (*dispute board*) es un mecanismo alternativo de solución de controversias al que recurren los participantes en grandes obras de infraestructura, pero que son de especial utilidad para las asociaciones público-privadas, debido a la envergadura de las obras (hidroeléctricas, carreteras, acueductos, oleoductos, transporte de petróleo, refinerías, etc.), en vista de que este instrumento se compone -de acuerdo a lo que sostiene Wöss- de un cuerpo colegiado de carácter eminentemente técnico, que además de ser expertos en la materia de que trata el contrato, conocen “las estipulaciones contractuales y la ejecución del contrato y acompañan el proceso hasta la finalización”.¹³⁹ Un punto a favor del uso de la junta de disputas o panel de expertos como método de resolución de conflictos es que los integrantes de esta junta someten los proyectos en cada uno de sus términos y condiciones a un exhaustivo análisis de riesgos, lo que incide en la disminución de la estadística de problemas en la ejecución del proyecto.

Respecto a las cuantías en las que se recomienda utilizar el *dispute board* en un contrato de asociación público-privada, en la década de los noventa del siglo XX, “el Banco Mundial introdujo el funcionamiento de *dispute boards* como requisito para el financiamiento de proyectos que superaran los 50 millones de dólares”.¹⁴⁰ Sin embargo, ello no siempre es viable en las economías de los países en desarrollo, puesto que los proyectos que superan ese valor son minoritarios. No obstante, debe mencionarse que en la ley del ramo no establece ninguna disposición respecto a su utilización, por tanto, no hay mención sobre los montos mínimos del contrato, lo que debería ser revisado para dar mayor alternativa a las partes intervinientes en un contrato y en aras de la claridad en el uso de tan beneficiosa herramienta.

En definitiva, los *dispute board* son idóneos en los contratos de las asociaciones público-privadas porque son económicos desde varios puntos de vista, ya que resuelven una controversia antes de que esta llegue a la jurisdicción judicial el arbitraje. Además,

¹³⁸ Jaime Gray Chicchón y Jonnathan Bravo Venegas, “La fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC: a propósito de los *dispute boards*”, en *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, coord. Roberto Hernández García (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014), 39.

¹³⁹ Wöss, Herfried, “Los *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional”, *Newsletter - Boletín de Asuntos Internacionales-100 México*. (2006). 2.

¹⁴⁰ Dyalá Jiménez Figueres y Roque J. Caivano, Funcionamiento de los ‘*dispute boards*’ de la CCI y su encuadre en el derecho argentino”, *Revista Internacional de Arbitraje*, n. ° 6 (enero-junio de 2007): 151.

su carácter técnico y de larga duración los hace preferibles a cualesquiera otros mecanismos alternativos, al tener una cualidad de prevención de dificultades, adicionalmente a la de resolución de controversias.

5. El arbitraje

El arbitraje es una de las formas de solución de controversias más antiguas del mundo. Lo remoto de su origen se sustenta en el hecho de que en la antigüedad los conflictos los dirimía el jefe de la tribu, el sabio, el sacerdote o quien mandara en el clan. “Es así como ya en la Biblia encontramos casos de arbitraje, cuando se relata el conflicto entre Jacob y el arameo Labán, a consecuencia de los ídolos sustraídos por Raquel, esposa del primero”.¹⁴¹ Con toda probabilidad, más atrás en el tiempo, en esas cavernas que fueron las incipientes primeras formas de vida social, puede encontrarse ejemplos de arbitraje como forma de detener los conflictos y como método de supervivencia de la propia especie.

No obstante lo anterior, el origen más inmediato del arbitraje se halla en el derecho romano, donde desde fines del siglo II a. C. obtiene reconocimiento en el derecho pretorio una modalidad de arbitraje que se denomina compromisario por el convenio de estipulaciones penales recíprocas “por el que las partes litigantes, en lugar de acudir a la jurisdicción ordinaria, acuerdan someter la resolución de la controversia a uno o varios árbitros por ellas elegidos, y cuya sentencia prometen acatar”.¹⁴² Pese a que el arbitraje como la forma amistosa de resolver conflictos entre personas se encuentra en cualquier cultura, fueron los romanos quienes lo establecieron como uno más de sus procesos. El arbitraje en el derecho romano tuvo una larga e interesante evolución, de la que no se ocupa este estudio por la vastedad del tema, lo que si es preciso subrayar es que de allí pasó al derecho español, y de este a las colonias, es decir, a lo que hoy es América Latina y a algunos países del África.

Moreno Treviño, por su parte, conceptúa al arbitraje como “un medio adversarial de solución de controversias bajo un procedimiento convenido por las partes. No es un sistema o medio de administración de justicia, por lo que la función de los árbitros no es impartirla, sino resolver una controversia o litigio”.¹⁴³ Esto es, el arbitraje busca un

¹⁴¹ Eduardo Jequier Lehuedé, “Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable”, *Revista Ius et Praxis*, n. ° 2 (2015): 204.

¹⁴² Alejandrino Fernández Barreiro y Julio García Camiñas, “Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en derecho romano”, *AFDUC*, n. ° 15 (2011): 579.

¹⁴³ Treviño Moreno, *Medios alternativos para la solución de controversias*, 13.

acuerdo que ponga fin a un diferendo que perjudica a ambas partes, pero no exige que se haga justicia, y en este punto se halla una de las razones para que este método alternativo de solución de controversias sea rechazado por algunos, ya que una vez que las partes han consentido, el fallo es vinculante.

Al respecto, González de Cossío refiere que todo proceso arbitral precisa de tres consideraciones esenciales:

- a. La existencia de una controversia.
- b. La solución de la controversia provendrá de un tercero –que es un particular y no una autoridad del Estado– cuya facultad proviene, a su vez, de la voluntad de las partes, que la ley reconoce y que implica la renuncia al conocimiento de la controversia por parte de la autoridad judicial.
- c. La decisión del árbitro será final y vinculante; no es ejecutiva por sí misma, sino que requiere la mediación de un acto de un órgano jurisdiccional, que asume su contenido sin quitarle la naturaleza privada y por ello se equipara a un acto jurisdiccional.¹⁴⁴

Lo que le ha dado al arbitraje larga vida y una trayectoria como método de resolución de conflictos, pese a los cuestionamientos, es que se caracteriza por someter un diferendo a un tercero imparcial, el que -además- deberá tener una cierta formación que lo faculte a ejercer de árbitro. Asimismo, Moreno Treviño detalla las características, en su opinión, más relevantes del proceso arbitral:

- a. Las partes eligen su tribunal.
- b. El arbitraje puede ofrecer una mayor garantía de una decisión justa y competente, involucrando árbitros con la experiencia adecuada.
- c. Las partes pueden designar personas con las habilidades específicas apropiadas, incluidos expertos que no sean abogados.
- d. Los procedimientos de arbitraje pueden ser más flexibles; por ejemplo, es posible tener un arbitraje solo con documentos sin audiencia oral.
- e. A menudo se puede llegar a una decisión final más rápidamente, porque el derecho a apelar un laudo es más limitado que el derecho a apelar la decisión de un juez.¹⁴⁵

Esta última es uno de los aspectos más atractivos del arbitraje, puesto que las administraciones de justicia están colapsadas en todas partes en América Latina, continente que aumenta su demografía exponencialmente, pero no de la misma forma sus infraestructuras de servicios, de los cuales los de justicia son de los más rezagados en

¹⁴⁴ Francisco González de Cossío, “Mecanismos alternativos de solución de controversias: nota sobre el desarrollo del área”. *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n. ° 28 (2004): 217.

¹⁴⁵ Treviño Moreno, *Medios alternativos para la solución de controversias*, 18.

infraestructura, en personal y en capacitación. El arbitraje se constituye, así, en una opción que ahorra tiempo a los involucrados en un desacuerdo que bien puede solucionarse fuera del ámbito jurisdiccional de la justicia ordinaria.

Por lo anterior es que el arbitraje ha sido uno de los recursos más usados a la hora de solucionar problemas surgidos en el ámbito laboral, sea entre patronos y empleados o entre sectores empresariales. Tal es así que Naciones Unidas establece que las controversias entre inversores y Estados no son conflictos ordinarios, a menudo estos son de carácter internacional, lo que implica que deben apelar a instancias de arbitraje internacional para solucionarlos. Por lo que distingue los siguientes aspectos:

- a. En una controversia entre un inversor y un Estado -sea el propio gobierno central o entidades subnacionales-, este participa en calidad de *Estado soberano demandado*. Así pues, las partes son distintas a las de otros tipos de arbitraje en que ambas son entidades mercantiles, como en el caso del arbitraje comercial. La controversia puede surgir a causa de medidas o actos adoptados en niveles inferiores del gobierno o por organismos públicos que, aunque no hayan suscrito los AII¹⁴⁶, deben respetar sus disposiciones.¹⁴⁷

Lo que sin duda puede derivar en divergencias entre diversas instancias del gobierno y dificultar que el Estado responda en un plazo de tiempo aceptable al problema, así como le plantea dificultades al inversor para identificar al interlocutor adecuado dentro del organigrama estatal. Esto en la praxis implica un problema de calado, pues si el gobierno no nombra un vocero oficial que trate con la compañía, que a su vez deberá designar un interlocutor del mismo nivel, puede pasar mucho tiempo, que en estos casos implica pérdida de dinero en cantidades importantes.

Además, debido a las cantidades de dinero que hay en juego y a que los intereses públicos son altamente relevantes ya que son los de la sociedad entera, los conflictos deben someterse a mayores formalidades si se pretende acudir a los métodos alternativos de resolución de conflictos.

- b. El inversor extranjero impugnará *los actos y medidas adoptados* (o la falta de acciones apropiadas) *por el Estado soberano* o una subentidad estatal en su capacidad soberana. De ahí que las medidas o los actos impugnados sean también específicos. La controversia conllevará a menudo cuestiones de política pública y pondrá en entredicho la capacidad del Estado de reglamentar en favor del interés público, incluso cuando pueda perjudicar intereses particulares, en este caso los de una entidad extranjera. Una controversia puede convertirse fácilmente en una cuestión política para el Estado, pero también a nivel

¹⁴⁶ Acuerdos Internacionales de Inversión.

¹⁴⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Controversias entre inversores y Estados: Prevención y alternativas al arbitraje*, 9.

internacional, por ejemplo, cuando se impugnan medidas ambientales o de emergencia para abordar una crisis financiera.¹⁴⁸

Este caso que menciona Naciones Unidas se torna más grave cuando las cantidades de los fondos públicos es alta, que en efecto suele serlo en grado sumo. En algunos países democráticos, los más desarrollados, los ciudadanos han entendido que tienen derechos y obligaciones, en ese contexto, un evento como el que menciona el autor puede concitar el interés de grupos de la sociedad civil, que podrían decidirse examinar los casos y manifestar sus preocupaciones mediante campañas de exigencia de explicaciones y -como consecuencia- de dimensiones de altos funcionarios gubernamentales.

De este modo, otro de los aspectos que es preciso destacar es la especificidad del derecho que se debe aplicar a estas controversias de carácter internacional entre un Estado y una compañía multinacional, y este es el derecho internacional, ya que el conflicto se basa en la violación de un instrumento de derecho de ámbito global, por lo general un tratado de inversión.¹⁴⁹

Otra singularidad de las controversias entre inversores y Estados es que el tipo de relación entre los litigantes implica un compromiso a largo plazo, que a veces precisa de una interconexión compleja entre las dos partes engendrada en una situación de mutua dependencia.

Por ejemplo, la población de un país puede depender de un inversor extranjero privado para la prestación de servicios públicos, mientras que el inversor habrá aportado un capital sustancial a la empresa cuyo rendimiento sólo será viable al cabo de varios años. En consecuencia, el inversor y el Estado pueden verse obligados a mantener una buena relación laboral a pesar de la controversia.¹⁵⁰

En la *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* no hay ninguna indicación al respecto, por tanto, existe un vacío.¹⁵¹ Finalmente, en las controversias entre

¹⁴⁸ *Ibíd.*, 9-10.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ *Ibíd.*, 11.

¹⁵¹ Al respecto, Jara establece que: “Una amplia gama de normas se ha referido al arbitraje como mecanismo admisible para la solución de diversos conflictos especializados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Si bien en virtud de la amplitud de alcance de la LAM, tales referencias en leyes especiales no eran necesarias, sí han contribuido a la difusión de la figura y al entendimiento de que aunque el arbitraje sirve principalmente al mundo comercial, su esfera de aplicación es mucho más amplia. Entre tales normas destacamos: Reglamento General de la Ley de Propiedad Horizontal (art. 63); Ley Derogatoria del Decreto Supremo No. 1038-A y de la Ley No. 125, para Preservar la Igualdad entre Ecuatorianos y Extranjeros en Materia Contractual (art. 4); Ley del Deporte, Educación Física y Recreación (art. 162); Ley de la Procuraduría General del Estado (art. 11); Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (art. 63); Ley Orgánica del Sistema Nacional de

inversores y Estados las sumas en juego son elevadas, en promedio son superiores a las del arbitraje comercial. Entonces, las fabulosas cifras del dinero público invertido en las asociaciones público-privadas suelen convertirse para los gobiernos en auténticos dolores de cabeza que pueden tener consecuencias electorales. Un ejemplo de lo mencionado puede ser la Coca Codo Sinclair, que no ha cumplido las expectativas planteadas por el gobierno que la contrató y actualmente se han detectado daños que representan grandes pérdidas económicas.¹⁵²

Sin embargo, y debido al permanente déficit de infraestructura, en la región el número de asociaciones público-privadas no hace más que aumentar.

La necesidad de enormes inversiones en América Latina es ilustrada por el hecho de que más del 60 por ciento de las carreteras de América Latina no están asfaltadas, comparado con el 46 por ciento en las economías emergentes en Asia y el 17 por ciento en Europa. Dos tercios de las aguas residuales quedan sin tratar. El número de cortes de energía eléctrica están entre los más altos del mundo. Sin embargo, en 2017, América Latina gastó en infraestructura un porcentaje de su PIB inferior al de ninguna otra región excepto el África subsahariana.¹⁵³

Y como es lógico, a medida que aumentan los contratos de las asociaciones público privadas, también lo hacen los conflictos. Los autores estiman que la percepción de la inestabilidad jurídica y política y de la alta corrupción en la región son factores que preocupan a los inversores extranjeros a la hora de embarcarse en una APP. Una de esas preocupaciones se manifiesta en que los inversores quieren que, en caso de que surja la controversia, se les garantice que las cortes y los tribunales locales serán imparciales y justos en el fallo judicial, pues: “Si los inversores no confían en que este será el caso pueden insistir (en el caso en que la legislación local así lo permita) en que la disposición relativa a la resolución de conflictos en los contratos de APP refiera disputas a arbitraje internacional o a una jurisdicción extranjera”.¹⁵⁴

Contratación Pública (art. 104) y su Reglamento (art. 161); Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (art. 27); Ley de Hidrocarburos (art. 10); Ley de Minería (art. 41), entre otras”. María Elena Jara, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 30.

¹⁵² Boris Miranda, “Coca Codo Sinclair: los problemas de la multimillonaria represa que China construyó en Ecuador”, *BBC News Mundo*, 25 de febrero de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-47144338>.

¹⁵³ Alison Fagan, Maria Pereira y Silvia Farre, “APP en América Latina: resolución de disputas a través de arbitraje inversor-estado”, *DLA Piper*, 18 de diciembre de 2018, <https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2018/12/apps-en-america-latina/>.

¹⁵⁴ *Ibíd.*

Los inversores extranjeros y las compañías foráneas que participan en un proyecto de APP, ya sea como la parte contratante del mismo o como accionista -directo o indirecto- tendrían que considerar también la protección ofrecida por el derecho internacional, específicamente en tratados bilaterales de inversión (también conocidos como Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, APPRI). Sobre ello, el informe del experto independiente sobre los efectos de la deuda externa y las obligaciones financieras de los Estados tiene sobre el disfrute de los derechos de todas las personas, sostiene que: “Los acreedores han comenzado a utilizar el arbitraje de inversiones para tratar de hacer cumplir los términos de sus instrumentos de deuda soberana. Si bien ya ha habido otros laudos que establecen que las transacciones financieras puras calificaban como inversiones”.¹⁵⁵ La jurisprudencia es producto de la crisis de la deuda soberana de Argentina, y pone en circulación la idea de que los Estados podrían estar haciendo un uso arbitrario de su poder soberano para cambiar los términos de sus obligaciones financieras con los acreedores, lo que puede constituir una violación de un tratado.

6. Medidas de prevención de controversias

La solución de controversias alude a un proceso profesional que gestiona y resuelve conflictos. Este debe contar con varias herramientas que poner a disposición de las partes en disputa, ya que así tendrá más posibilidades de éxito. El diseño de un sistema de solución de controversias, por tanto, se refiere a un proceso sistemático que aprovechen los aspectos positivos de las controversias, o al menos minimicen sus aspectos negativos.

Según Naciones Unidas, se diseñan mejores soluciones a las controversias tomando en cuenta los puntos siguientes:

- a) el análisis de patrones de controversia entre las partes para efectuar un diagnóstico del sistema en vigor;
- b) el diseño de métodos para gestionar los conflictos con mayor eficacia recurriendo a principios prácticos;
- c) la aprobación e implantación de la arquitectura del diseño; y

¹⁵⁵ ONU Asamblea General, *Effects of foreign debt and other related financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights*, 17 de julio de 2017.

d) la prueba y la evaluación del nuevo diseño para llevar a cabo las revisiones necesarias antes de difundir el proceso al resto del sistema.¹⁵⁶

En síntesis, es preciso aprender de las experiencias que se conocen sobre los conflictos y sus soluciones en los contratos de las asociaciones público-privadas en experiencias que han atravesado otros gobiernos y consorcios empresariales. De modo que se considera que en la prevención de conflictos pueden adoptarse varias medidas:

Primera medida: la redacción. Establecer durante la redacción del contrato que en los posibles desacuerdos que pudieran presentarse se desecha de antemano la jurisdicción de la justicia ordinaria y se someten las partes a algunos de los varios mecanismos de solución de controversias que se encuentran disponibles. “Las partes de contratos comerciales internacionales deben prestar especial atención a la fase de negociación del contrato. Un contrato bien negociado y redactado con términos claros y sencillos es más fácil de ejecutar y menos propenso a disputas que un contrato firmado en el último minuto o redactado con términos ambiguos e imprecisos.¹⁵⁷ Continuamente las partes manifiestan desacuerdos sobre algunas disposiciones del contrato, por lo que requiere de cierta flexibilidad y sentido común para llegar a consensos que satisfagan a todos.

Segunda medida: la asociación. Profundizar la asociación más allá de la coyuntura del contrato y sus condiciones económicas. Esta pone énfasis en el trabajo en equipo y la cooperación entre el personal de ambos lados. La Organización Mundial de Comercio y Naciones Unidas consideran que la cohesión de la asociación es una forma de evitar las disputas y no un método para resolverlas.

La asociación se utiliza a menudo en proyectos de construcción como herramienta de gestión. El concepto es establecer una relación de trabajo entre las partes mediante una estrategia de compromiso y comunicación formal desarrollada entre las partes, donde la confianza y el trabajo en equipo pueden evitar disputas, crear un espíritu de cooperación y facilitar que el proyecto se lleve a cabo con éxito.¹⁵⁸

Para llegar a esta asociación que facilita el trabajo de los equipos de la asociación público-privada, la recomendación es organizar talleres para ambos grupos, en los que una persona neutral, con preparación como, tal hará de facilitadora y ayudará a identificar

¹⁵⁶ Organización de las Naciones Unidas, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Controversias entre inversores y Estados: Prevención y alternativas al arbitraje*, xvi.

¹⁵⁷ Centro de Comercio Internacional, *Resolución de disputas comerciales: arbitraje y métodos alternativos de resolución de conflictos*, 2.ª ed. (Ginebra: Centro de Comercio Internacional, 2016), 12.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 18.

las expectativas de cada uno. El objetivo de esta dinámica es evitar la posición del adversario que podrían tomar algunos, es decir, cambiar el nosotros frente a ellos por nosotros a secas. Para llegar a esta situación se precisa de un tercero neutral que entrene a los equipos en esta nueva mentalidad.

Tercera medida: intercambio de información. Entre las medidas que la misma Naciones Unidas considera se halla el intercambio de información, especialmente del gobierno a la parte privada, sobre todo en niveles medios de las decisiones:

El examen de casos recientes indica que aproximadamente la mitad guardan relación con decisiones adoptadas por gobiernos municipales o provinciales u organismos públicos encargados de sectores específicos de la economía. Por ejemplo, la mayoría de los casos planteados a raíz de concesiones de servicios públicos o planes de privatización se basan en presuntas infracciones de una entidad subnacional como un municipio o una provincia.¹⁵⁹

Con frecuencia estas entidades actuarán sin el conocimiento de los compromisos que el Gobierno central ha asumido en su nombre y por las competencias que le otorga la ley, tomarán decisiones sin valorar que las consecuencias y el alcance de estas podrían perjudicar al inversor o ejecutor privado (nacional o extranjero).

¹⁵⁹ Organización de las Naciones Unidas, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Controversias entre inversores y Estados: Prevención y alternativas al arbitraje*, 58.

Conclusiones

El estudio de los conflictos de los problemas que surgen en los contratos de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento en las asociaciones público-privadas ha permitido arribar a las siguientes conclusiones:

1. Las alianzas público-privadas son una figura del derecho administrativo creadas en el siglo XX para permitir a las empresas privadas la participación en actividades propias y específicas de las entidades estatales, es decir, en áreas de infraestructura y servicios tradicionalmente reservadas al Estado por considerarlas estratégicas.
2. El origen de esta colaboración se remonta al Reino Unido gobernado por Margaret Thatcher (1979-1990), la política conservadora que favoreció las tesis del capitalismo sobre la no intervención del Estado en los mercados y la libertad de estos para autorregularse, de ahí que los socialdemócratas, es decir, de tendencia económica keynesianistas, le atribuyeran perjuicios al Estado al permitir a los grupos de poder económico obtener importantes réditos financieros usando los recursos del erario.
3. En definitiva, no son pocos los estudiosos que consideran que estas asociaciones público-privadas son una creación de gobiernos ultraconservadores de clara tendencia neoliberal en la economía, es decir, gobierno de ideología anti-Estado y pro-capital privado.
4. Algunos gobiernos y analistas se refieren a este tipo de cooperación entre las áreas pública y privada como a una tercera vía que mezcla la liberalización económica de la derecha y la estatización que defiende la izquierda, ya que los gobiernos, especialmente de las naciones en desarrollo, no cuentan ni con los conocimientos ni con la tecnología para emprender algunos proyectos de infraestructura que sus ciudadanos requieren.
5. Se suele confundir con la privatización, pero la delegación a las APP se diferencia por hacer una concesión durante un plazo largo, no indefinido, así como por la participación de ambas áreas de la economía en el desarrollo y la gestión del servicio o la infraestructura.
6. Respecto a los riesgos de este tipo de contratos, es evidente, como se ha mencionado ya, que todo contrato, se concrete entre particulares o entre

particulares y el sector público, conlleva la posibilidad de riesgos y de desacuerdos durante su realización. Los factores son diversos, como las fluctuaciones de precios en el material, ya que los cálculos de costos se hacen sobre precios actuales y alguna previsión de subida; adicionalmente, el material utilizado se puede no solo encarecer, también dejar de estar disponible, por lo menos por un tiempo, lo que acarrea retrasos no contemplados en el texto del contrato, que dan lugar a conflictos.

7. En el Ecuador la ley del área (*Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*), establece la obligatoriedad de distribuir los riesgos entre las partes (artículo 3.32), mediante una estimación y valoración de estos cuando el proyecto entre en funcionamiento, los cuales deberán constar en el contrato como compartidos.
8. En un contrato de las cuantías a las que suelen ascender los de las APP los riesgos y, por consiguiente, los conflictos, son una constante que debe ser considerada desde el inicio, por ello es importante notar que ya los expertos (como el Centro de Comercio Internacional) han establecido la necesidad de ciertas medidas (tres, exactamente) a tomar en cuenta para disminuir la posibilidad de conflictos. La primera medida es una claridad meridiana en la redacción del articulado del contrato, el que deberá prever la posibilidad de desacuerdos y la voluntad y exigencia de dirimirlos fuera de la justicia ordinaria. En la segunda medida se pretende construir una asociación de cierta profundidad, en la que los grupos de las dos partes se cohesionen como un método para evitar o disminuir los conflictos. Por último, se colige que es vital el intercambio de información, lo que impide que algunas decisiones resulten sorpresivas para el otro lado.
9. Ya en el tema de la resolución de los conflictos que pueden presentarse, y de hecho lo hacen, durante el tiempo de duración de un contrato de diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de las alianzas público-privadas, se ha llegado a la conclusión de que el ámbito judicial alarga innecesaria y onerosamente una diferencia de criterios.
10. Igualmente, se concluye que los conflictos que se presentan entre los participantes de un contrato de asociación público-privada cuando son dirimidos en la administración de justicia tradicional de una nación en desarrollo tardan un tiempo extremadamente largo en llegar a la sentencia, y en el área de negocios eso implica pérdida de dinero constante.

11. Resulta lógico suponer que la gran industria de la construcción es un entorno tremendamente conflictivo, por los múltiples cambios que se presentan en el transcurso de la realización de una obra, particular que hace imperativo el establecimiento de nuevos acuerdos entre las partes, de ahí que algunos autores consideren el alto beneficio de acudir a métodos alternativos de solución de conflictos.
12. Lo anterior ha dado lugar a que los afectados por esos riesgos y conflictos se interesen por los métodos alternativos de resolución de conflictos, en la actualidad un catálogo bastante amplio de opciones para enfrentar y resolver problemas fuera de la jurisdicción judicial y sus plazos eternos.
13. Los métodos alternativos de resolución de conflictos, que son, negociación, mediación, *dispute board* y arbitraje, no tienen mucho recorrido en el país por dos razones fundamentales: poca socialización y menos normativización.
14. Cada uno de estos métodos es susceptible de ser usado cuando las partes tienen voluntad de resolver sus diferencias fuera del sistema de justicia tradicional, pero se entiende que cada uno de ellos puede funcionar para resolver un conflicto específico, por ejemplo, cuando la cuantía de la disputa es elevada, un comité tipo *dispute board* parece más apropiado que la mediación o la negociación directa.
15. El *dispute board* alude a un procedimiento que se origina en las disputas de comercio internacional, cuando existen patentes dificultades para establecer la jurisdicción nacional a quien corresponde intervenir, al ser los involucrados de varias nacionalidades. Por ello Naciones Unidas lo ha definido como privado, voluntario y confidencial, esto es, que se decide por las partes y en las que queda fuera la justicia ordinaria como una opción.
16. Otros autores han determinado a los *dispute board* como mecanismos de resolución de conflictos preferidos para resolver las controversias que se presentan en los proyectos APP, en desmedro de otros como la mediación y el arbitraje.
17. Las ventajas de los *dispute board* en la resolución de conflictos de asociaciones público-privadas se hallan, precisamente, en la complejidad de su implementación y funcionamiento, puesto que al estar integrado por un panel de expertos, es decir, se integra por profesionales imparciales desde el inicio del contrato, se exige a estos que vigilen y cuestionen todas y cada una de las etapas de una asociación público-privada.

18. Este mecanismo ha demostrado su utilidad en la resolución de conflictos que surgen en proyectos de infraestructura de grandes dimensiones. Este instrumento, a diferencia de otros, se desarrolló dentro del área de la construcción en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, cuando los contratos aumentaron sus cuantías y se complejizaron con la introducción de variables como el impacto ambiental de las obras
19. Es, asimismo, importante mencionar que estos cuerpos colegiados de funcionamiento permanente hacen pronunciamientos que pueden ser tomados como recomendaciones o como decisiones, ello dependerá del sistema del mecanismo hecho al inicio de la obra.
20. Así, los contratos internacionales de obras, llamados sintéticamente FIDIC, denominados por los banqueros como proyectos de finanzas, debido a que requieren de financiación parcial o total, llevados a cabo por empresas multinacionales de países de gran desarrollo científico y tecnológico, exigían también un marco regulatorio que les otorgara ciertas garantías, lo que de alguna manera derivó en el uso de formas contractuales que funcionaran en sistemas jurídicos distintos.
21. Se utiliza el método del *dispute board* en la resolución de conflictos de los contratos denominados FIDIC desde mediados de la última década del siglo XX, ya que desde entonces la Federación Internacional de Ingenieros Consultores ha elaborado reglas que establecen a este instrumento como el idóneo para resolver los conflictos de su universo contractual.
22. Son numerosos los contratos de grandes cuantías que han hecho uso de los *dispute board* como método de resolución de conflictos, entre ellos están el Canal de la Mancha, el Aeropuerto de Hong Kong, el proyecto hidroeléctrico Ertan en Chinatúnel del tren bajo el Canal de la Mancha, en Gran Bretaña; el túnel de Eisenhower en Colorado, Estados Unidos; la autopista de Mount Baker Ridge, en Washington; en Centroamérica la Central Hidroeléctrica El Cajón, en Honduras, además de otros proyectos en Panamá, Chile y El Salvador., en los que se ha eficiente para esa tarea.
23. Finalmente, la posibilidad de resolver conflictos sin que medie la justicia ordinaria constituye una noticia muy positiva, puesto que los tiempos que precisan los tribunales para llegar a la sentencia cuestan dinero cuando lo que se dirime tiene

plazos que cumplir y se involucran importantes sumas de dinero, tanto públicos como privados.

Recomendaciones

De acuerdo con lo que se sostiene en las conclusiones, se recomienda que se haga una amplia socialización de los métodos alternativos de resolución de conflictos a todo nivel.

También se propone que se facilite el uso alternativo de resolución de conflictos en las empresas, esto es, que la vía judicial sea considerada el último recurso disponible y no el primero.

Se recomienda que el derecho administrativo contemple todos y cada uno de los métodos alternativos de resolución de conflictos, es decir, que los reconozca como instrumentos eficaces ya en el articulado de las leyes que tratan contratos de asociación público-privadas.

Igualmente, se plantea que cada contrato de este tipo se refiera al método de resolución de conflicto que consideren conveniente como el primer recurso a acudir en caso de que estos llegaran a surgir.

Por último, se recomienda que la ley que norma este tipo de contratos proteja los intereses de la ciudadanía y no del gran capital, esto es, que debe prohibirse que el Estado pierda dinero en favor de la empresa privada.

Bibliografía

- Álvarez Patiño, Luz Astrid. “Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública”. *Estudios de Derecho*, 73 (2016): 141-72.
- Acosta, Alberto. “Riesgos y alcances de una novelería”. *Ecuador Debate*, n. ° 25 (1992): 15-34.
- Anda Jiménez, Ana Gabriela. “Aplicabilidad de los Dispute Boards en la legislación ecuatoriana”. 25 de febrero de 2019. <https://www.prospectus.com.ec/post/aplicabilidad-de-los-dispute-boards-en-la-legislaci%C3%B3n-ecuatoriana>.
- Araujo, Alberto. “Una junta analiza seis reclamos de Sinohydro en el Coca-Codo Sinclair”. *El Comercio*. 12 de julio de 2013. <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/junta-analiza-seis-reclamos-de.html>.
- Baldeón Barriga, Inés María. “Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano”. *Foro*, n. ° 25 (2016): 101-24.
- Banco Interamericano de Desarrollo. *Evaluación de las Asociaciones Público-Privadas en Infraestructura*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2017.
- Becilla Peñafiel, Carlos. “El Reglamento para las Asociaciones Público Privadas, un instrumento perfectible”. Accedido 9 de diciembre de 2020. <https://tesseraebureau.com/es/2020/12/el-reglamento-para-las-asociaciones-publico-privadas-un-instrumento-perfectible/>.
- Bermejo Galán, Jaime. “La conciliación prejudicial contenciosa administrativa”. *Jurídicas CUC* 11, n. ° 1 (2015): 107-34.
- Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad*. Traducido por José Fernández Santillán. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Centro Administrativo Tlajomulco. “Casos de estudio en Asociaciones Público-Privadas en América Latina y el Caribe”. *BID Documento*, n. ° 4 (2019): 1-32.
- Centro de Comercio Internacional. *Resolución de disputas comerciales: arbitraje y métodos alternativos de resolución de conflictos*. 2.^a. Ginebra: Centro de Comercio Internacional, 2016.

- Centro Internacional de Comercio. “Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana”. Accedido 26 de octubre de 2020. <https://www.intracen.org/Reglamento-para-el-Funcionamiento-del-Centro-de-Arbitraje-y-Mediacion-de-la-Camara-de-Comercio-Ecuatoriana-Americana/>.
- Chern, Cyril. *Chern on Dispute Boards, Practice and Procedure*. Nueva Jersey: Wiley-Blackwell Publishing, 2008.
- Chern, Cyril. *Chern on Dispute Boards: practice and procedure*. 2.^a Iowa: Wiley-Blackwell, 2011.
- Chiriboga, Manuel, Carol Chehab, y Vinicio Salgado. *Alianzas público-privadas para el desarrollo de agronegocios. Informe de país: el Ecuador*. Roma: Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, 2013.
- Comisión Económica para América y el Caribe. “Evaluación de programas y proyectos”. 31 de marzo de 2020. <https://biblioguias.cepal.org/c.php?g=159547&p=1044454>.
- Cornelio Landero, Eglá. “Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano”. *Barataria*, n.º 17 (2014): 81-95.
- Corporación Andina de Fomento. *Asociación Público-Privada en América Latina. Afrontando el reto de conectar y mejorar las ciudades*. Bogotá: CAF, 2018.
- . *Asociación Público-Privada en América Latina. Guía para Gobiernos Regionales y Locales*. Caracas: CAF, 2018.
- Corporación Eléctrica del Ecuador. “Contrato EPC - Central Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair”. *CELEC EC*. 7 de septiembre de 2015. <https://www.celec.gob.ec/cocacodosinclair/index.php/2015-09-07-17-45-09/footers/coca-codo-sinclair2/2015-09-08-16-12-07/contrato-epc>.
- Corporación Interamericana de Inversiones. “Asociaciones público-privadas”. 2020. <https://idbinvest.org/es/soluciones/servicios-de-asesoria/asociaciones-publico-privadas>.
- Cruz, David. “Navegabilidad del Río Magdalena”. En *Historia repetida: Cómo fracasan las Asociaciones Público-Privadas*, editado por Eurodad, 30-32. Bruselas: Fundación Heinrich-Böll / Eurodad, 2019.
- De Armas Hernández, Manuel. “La mediación en la resolución de conflictos”. *Educar*, n.º 32 (2003): 125-36.
- Dussán Hernández, Omar. “La conciliación en la jurisdicción contenciosa administrativa”. *Prolegómenos. Derechos y Valores* XII, n.º 24 (2009): 229-38.

- Ecuador. *Ley de Modernización del Estado*. Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.
- . *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial 145, 4 de septiembre de 1997.
- . *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008.
- . *Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas*. Registro Oficial 652, Suplemento, 18 de diciembre de 2015.
- . *Reglamento para Asociaciones Público Privadas*. Registro Oficial 333, Suplemento, 19 de noviembre de 2020.
- El Universo. “El 16% de la red vial estatal tiene garantizado el mantenimiento en Ecuador”. 31 de marzo de 2019. <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/03/24/nota/7244963/16-red-vial-estatal-tiene-garantizado-mantenimiento-ecuador>.
- Escobar Muñoz, Andrea. “Dispute Board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura”. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2014.
- Fagan, Alison, María Pereira, y Silvia Farre. “APP en América Latina: resolución de disputas a través de arbitraje inversor-estado”. 18 de diciembre de 2018. <https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/insights/publications/2018/12/apps-en-america-latina/>.
- Fernández Barreiro, Alejandrino, y Julio García Camiñas. “Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en derecho romano”. *AFDUC*, n.º 15 (2011): 575-96.
- Figueroa Valdez, Juan. “Los dispute boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción”. *Gaceta Jurídica* 64 (2010): 109-19.
- González de Cossío, Francisco. “Mecanismos alternativos de solución de controversias: nota sobre el desarrollo del área”. *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n.º 28 (2004): 213-37.
- Gozáini, Oswaldo Alfredo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- Gray Chicchón, Jaime, y Jonnathan Bravo Venegas. “La fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC: a propósito de los dispute boards”. En *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, de coord. Roberto Hernández García, 33-70. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

- Hall, David. *¿Por qué las asociaciones público-privadas (APP) no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública*. Londres: Universidad de Greenwich / Public Services International, 2014.
- Hillebrand, Ernst. “La izquierda después de la tercera vía”. *Nueva Sociedad*, n.º 211 (2007): 22-31.
- Jara, María Elena. *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Jequier Lehuedé, Eduardo. “Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable”. *Revista Ius et Praxis*, n.º 2 (2015): 199-224.
- Jiménez Figueres, Dyalá, y Roque J. Caivano. “Funcionamiento de los ‘dispute boards’ de la CCI y su encuadre en el derecho argentino”. *Revista Internacional de Arbitraje* 6 (2007): 46-76.
- Kaplan, David, y Joyce Sadka. “Justicia laboral: dos años de proceso si bien le va”. 1 de marzo de 2016. <https://www.animalpolitico.com/mexico-como-vamos/la-importancia-de-una-reforma-de-justicia-laboral-en-mexico/>.
- López Ospina, Inés Verónica. “La importancia de implementar dispute boards como medio alternativo de solución de conflictos en la ejecución de contratos de obra en Colombia”. *Universitas Estudiantes*, n.º 14 (2016): 63-72.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho administrativo*. 5.ª. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Mayorga Ríos, Alberto. *Las Asociaciones Público Privadas como alternativa de financiamiento para las entidades federativas*. Ciudad de México: Centro de Estudios de las Finanzas Públicas / Cámara de Diputados, 2016.
- Miranda, Boris. “Coca Codo Sinclair: los problemas de la multimillonaria represa que China construyó en Ecuador”. 25 de febrero de 2019. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-47144338>.
- Montero, Cecilia. “Relaciones Estado-empresarios en una economía global. El caso de Chile”. *Nueva Sociedad*, n.º 151 (1997): 122-35.
- Moreno Martín, Florentino. “La mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto”. En *Mediación: un método de ? conflictos: estudio interdisciplinar*, editado por Ágata Mª Sanz Hermida, Juan Carlos Ortiz Pradillo y Nicolás González-Cuéllar Serrano. Madrid: Constitución y Leyes, 2010.

- Moreno, Estibalitz. “Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración”. *Oñati Socio-Legal Series* 2, n. ° 4 (2012): 83-102.
- Oleas, Daniela. “Las asociaciones público-privadas en el contexto de los gobiernos intermedios”. En *Alianzas público-privadas y desarrollo territorial*, editado por Daniela Oleas, 13-34. Quito: CONGOPE / Ediciones Abya-Yala / Incidencia Pública del Ecuador, 2017.
- Organización de las Naciones Unidas. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Controversias entre inversores y Estados: Prevención y alternativas al arbitraje*. Berna: Naciones Unidas, 2010.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. “Las asociaciones público-privada”. dx.doi. 2014. <https://dx.doi.org/10.1787/9789264211636-32-es>.
- Proaño Alcívar, David, y Marco Guevara Ruales. “Las virtudes de los dispute boards y su aplicación en Ecuador”. *USFQ Law Review* VI (2019): 165-78.
- Rankin, Marlo, Eva Gálvez Nogales, Pilar Santacoloma, Nomathemba Mhlanga, y Costanza Rizzo. *Alianzas público privadas para el desarrollo de agronegocios: Una revisión de experiencias internacionales*. Roma: FAO, 2017.
- Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la lengua española*. 23.^a Madrid: Espasa-Calpe, 2014.
- Redacción El Comercio. “La falta de personal demora las causas en los juzgados laborales”. *El Comercio*, 11 de agosto de 2011. <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/falta-de-personal-demora-causas.html>.
- Robalino Orellana, Javier. “Los asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”. *Foro*, n. ° 13 (2010): 97-109.
- Rodríguez Araujo, Octavio. “Política y neoliberalismo”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 41, n.º 166 (1996): 113-29.
- Rodríguez Fernández, Maximiliano. “Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del engineer y de los dispute boards”. *Mercatoria* 5, n.º 2 (2006): 1-29.
- Rosales Ramos, Francisco. “Las privatizaciones de las empresas públicas”. *Ecuador Debate*, n. ° 25 (1992): 51-6.
- Rozenblum, Sara. *Mediación en la escuela*. Buenos Aires: Aique, 1998.

- Saasen, Saskia. “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas”. En *Estado, soberanía y globalización*, editado por Laura Saldivia, 103-37. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana / Instituto Pensar, 2010.
- San Cristóbal Reales, Susana. “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense XLVI* (2013): 39-62.
- Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los Países Americanos”. OEA/Ser.G GE/REMJA/doc.77/01, 3 de diciembre de 2001.
- Shapiro, Daniel. “Negotiating emotions”. *Conflict Resolution Quarterly* 20, n. ° 1 (2002): 67-82.
- Tafur Galvis, Álvaro. *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano. La participación, la colaboración convencional, las empresas públicas y la privatización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.
- Treviño Moreno, Francisco. *Medios alternativos para la solución de controversias*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2019.
- Vera Fernández, Ximena. “Asociaciones público-privadas y concesiones administrativas”. Tesis de pregrado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2017.
- World Bank Group. “Objetivos del Gobierno: Beneficios y riesgos de las Asociaciones Público Privadas”. *Worldbank*, 18 de septiembre de 2016. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/beneficios-riesgos>.
- Wöss, Herfried. “Los Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional”. *Newsletter - Boletín de Asuntos Internacionales-100 México*, 2006.