



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

La utilidad del contrato de concesión de obras públicas en época de crisis en el Ecuador

AUTOR:

Orellana Solis, Karol Polette

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.**

TUTOR:

Benavides Verdesoto, Ricky Jack

**Guayaquil, Ecuador
17 de agosto del 2016**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Orellana Solis Karol Polette**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____
Benavides Verdesoto, Ricky Jack

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Lynch Fernández, María Isabel

Guayaquil, a los 17 días del mes de Agosto del año 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Orellana Solis Karol Polette

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **La utilidad del contrato de concesión de obras públicas en época de crisis en el Ecuador** previo a la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 17 días del mes de agosto del año 2016

LA AUTORA

f. _____
Orellana Solis Karol Polette



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, Orellana Solis Karol Polette

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La utilidad del contrato de concesión de obras públicas en época de crisis en el Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 17 días del mes de Agosto del año 2016

LA AUTORA:

f. _____

Orellana Solis Karol Polette

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer primeramente a Dios por haberme dado la sabiduría y fuerzas para llegar hasta aquí.

A mis padres que siempre han confiado de manera incondicional en mí.

A mi apreciado tutor, el Dr. Ricky Benavides Verdesoto, por la guía y paciencia para poder realizar el presente trabajo.

Y de manera especial a Roberto que estuvo conmigo noche y día, ayudando y dándome ánimo para poder alcanzar esta meta, gracias por siempre creer en mi hasta más de lo que yo misma pueda hacerlo.

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo de titulación, en primer lugar a mis adorados padres, Hernán Orellana Espinoza y Rebeca Solis Palomino, quienes son ejemplo de perseverancia, fortaleza y humildad ya que sin su ayuda, amor y confianza no hubiese podido llegar hasta aquí. A mis princesas Cristina y EEO, amores de mi vida, a quienes siempre quiero inculcar lo mejor de mí y ser su fuente de inspiración.

Y a mi amado abuelo Francisco Orellana Cordero, que aunque no haya tenido un puesto político, no haya sido famoso y ningún monumento ni siquiera este hecho a su nombre, desde siempre ha sido y será mi mayor ejemplo a seguir e inspiración de superación y lucha constante.

Karol Orellana Solis



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO
TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. _____

Ricky Jack Benavides Verdesoto

TUTOR

f. _____

María Isabel Lynch Fernández

DIRECTORA DE CARRERA

f. _____

Maritza Reynoso de Wright

COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: **Jurisprudencia**
Carrera: **Derecho**
Periodo: **UTE A-2016**
Fecha: **25 de Agosto del 2016**

ACTA DE INFORME PARCIAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado “La utilidad del contrato de concesión de obras públicas en época de crisis en el Ecuador”, elaborado por la estudiante **Karol Polette Orellana Solis**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10 (DIEZ)**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

Ricky Jack Benavides Verdesoto
Docente Tutor

ÍNDICE

1.- Introducción.....	10
2.- Contrato de concesión de obra pública.....	11
2.1 ¿Qué es y cómo funciona?.....	11
2.2 Eficacia del contrato de concesión en crisis económica.....	12
2.3 Características.....	13
2.4 Naturaleza jurídica.....	14
2.5 Elementos del contrato.....	15
2.5.1 El concepto de una obra pública.....	15
2.5.2 El equilibrio económico.....	15
2.5.3 El riesgo concesional.....	16
2.5.4 La explotación de la obra construida.....	17
2.6 Diferencia entre contrato de obra y concesión de obra pública.....	17
3.- Ventajas del contrato de concesión.....	18
4- Obra pública y concesión de obra pública en el derecho comunitario.....	19
5.- Modalidades contractuales.....	20
5.1.- Partenariado Público-privado y Contratos BOT.....	20
5.1.1 Acuerdos BOO.....	20
5.1.2 Acuerdos BBO.....	20
5.1.3 Acuerdos DBO.....	20
5.1.4 Acuerdos BDO.....	21
5.1.5 Acuerdos BOT.....	21
5.2.- La concesión de obras públicas y los contratos BOT.....	22
6.- Ley Orgánica de incentivos para asociaciones público-privadas y la inversión extranjera.....	23
6.1 Objetivos de la ley.....	23
6.2 Aplicación de la ley.....	24
6.3 Caso Posorja en el Ecuador.....	25
7.- Conclusiones y recomendaciones.....	27

RESUMEN

El presente trabajo de titulación tiene como fin analizar la importancia de utilizar la contratación por concesión de obra pública, resaltando el hecho de la crisis que está pasando nuestro país y es que solamente al atraer inversión por parte de los particulares, el Estado puede prosperar ante la crisis económica que atraviesa, es así entonces que en el presente trabajo estudiaremos la modalidad del contrato de concesión como atractivo para la inversión, el mismo que utilizará dinero propio para la realización de una obra, la misma que después será explotada por este y así podrá sacar su utilidad o beneficio. Consideré de gran importancia analizar este contrato con sus elementos, características y naturaleza jurídica previo al estudio de la problemática actual. Así como también un breve análisis de las distintas modalidades de dicho contrato las mismas que han ido surgiendo y trascendiendo en países desarrollados, además de su rol en el derecho comunitario. Otro de los temas a tratar es la diferencia entre contrato de obra pública y contrato de concesión de obra pública y las ventajas de este último. Finalmente se tratará de la Ley Orgánica de incentivos para asociaciones público-privadas y la inversión extranjera, sus objetivos, aplicación y un caso en particular que se da actualmente en Ecuador, que es el caso Posorja. Aquí veremos como el contrato de concesión es de gran trascendencia para que el país pueda desarrollar en vista de la decreciente economía que atraviesa el Estado.

ABSTRACT

This degree work aims to analyze the importance of using the concession contract public works, highlighting the fact of the crisis is happening to our country and it is only by attracting investment by individuals, the government can prosper before the economic crisis, so then in this paper we study the form of the concession contract as attractive for investment, it will use own money for the realization of a work, the same as then be exploited by this and so you can take your profit or benefit. I considered it very important to analyze this agreement with its elements, characteristics and legal nature prior to the study of current problems. As well as a brief analysis of the different modalities of the contract the same as transcending have emerged and developed countries in addition to its role in Community law. Another issue to be addressed is the difference between public works contract and concession agreement of public works and the advantages of the latter. Finally it will be the Organic Law on incentives for public-private partnerships and foreign investment, its objectives, implementation and a particular case currently existing in Ecuador, which is the case Posorja. Here we will see how the concession contract is of great importance for the country to develop in view of the declining economy through the state.

INTRODUCCIÓN

Se podría advertir que nuestra Constitución cierra la puerta para la participación del sector privado en la gestión de los servicios públicos y en las obras públicas, y la idea se confirmaría con toda la obra que el Estado ha realizado en los últimos años y con la creación de las empresas públicas a través de decretos ejecutivos. Sin embargo a criterio de un profesor, siempre quedó la “ventana abierta” para que el particular pueda participar en la gestión de los servicios públicos y en la construcción de obras públicas. Tanto es así que la propia Constitución ha servido de fundamento para que se pueda dictar la Ley Orgánica de incentivos para asociaciones público-privadas y la inversión extranjera, con un claro objetivo, esto es, permitir al sector privado participar en la construcción de obras públicas.

El objetivo de este trabajo es explicar la idea básica de lo que se entiende como el contrato de concesión de obra pública, figura propia del derecho administrativo que ha sido utilizada en varias ocasiones y capaz un caso emblemático fue la construcción del primer puente sobre los ríos Daule y Babahoyo, que une la costa con la sierra. Entonces la figura en sí no tiene nada innovadora ya que ha sido regulada y utilizada con anterioridad en el Ecuador. Explico un tema de importancia que son los elementos propios de este contrato. Pero a su vez trataré de explicar las ventajas de la aplicación de este tipo de contrato en las circunstancias actuales, y el primer caso de su aplicación. Además, al ser esta figura utilizada en varios países explicaré las nuevas modalidades que han surgido en la aplicación del mismo. Ya no ver al particular como una amenaza sino como un socio en el cumplimiento de los fines que servirá toda la colectividad.

Como todo en el mundo, nada es perfecto, y sin duda su aplicación tendrá sus fallas, pero en sí es un mecanismo viable en época en que el Estado debe priorizar sus recursos. Hace unos años atrás hubiese sido poco probable la utilización de esta figura, pero considero que el gobierno la ha considerado como una opción actualmente necesaria. En consecuencia tratare de explicar la ventaja en su aplicación donde estimo que deberá asegurarse varios principios para su éxito, entre ellos, el de la seguridad jurídica.

DESARROLLO

2.- EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

2.1 ¿Qué es y cómo funciona?

Para comenzar el desarrollo del presente trabajo de titulación, es menester empezar definiendo lo que es el contrato de concesión de obra pública y es que el autor Juan Manuel Urueta Rojas define a la concesión en sentido abstracto como “la atribución de un poder jurídico a un particular sobre una manifestación de la administración pública.” Es decir la posibilidad que tiene el Estado de delegar a un particular una función u obligación propia de la administración central. (Urueta Rojas, 2006)

La definición tradicional a esta clase de "acuerdos" suele atribuirse a la jurisprudencia del Consejo del Estado Francés, de la resolución de la disputa judicial planteada por la compañía de Gas de Burdeos en el año de 1916 en la que establece que por medio del contrato de concesión *"se encarga a un particular o a una sociedad de ejecutar una obra pública o de asegurar un servicio público, a su riesgo, con o sin subvención, con o sin garantía de ingresos, y que es remunerado con la explotación de la obra pública o la ejecución del servicio con el derecho a percibir los réditos sobre el uso de la obra o del servicio"*. (Urueta Rojas, 2006)

De esta definición podría extraerse los elementos esenciales del contrato de concesión, los cuales son: el concepto de una obra pública, el equilibrio económico, el riesgo concesional y la explotación de la obra construida como medio de remuneración del contratista.

Entonces podría terminar definiendo al contrato de concesión de obra pública como un contrato de colaboración del particular con el Estado, que participa de algunos rasgos de los contratos de obra y de gestión de función pública.

En cuanto a su funcionamiento, en este contrato la administración no solamente encarga la realización del trabajo u obra sino que también la remunera otorgándole la

explotación de la nueva obra construida, estableciendo de manera obligatoria un plazo para la mencionada explotación. En este plazo el concesionario deberá obtener lo invertido en la obra y su ganancia siendo esta última prevista por el Estado, quien otorgará el tiempo en el que pueda obtener este lucro, el mismo que deberá ser prudente a la inversión.

2.2 Eficacia del contrato de concesión en crisis económica

Es evidente que el Ecuador actualmente está pasando por una crisis económica que arrastra a todos, algunos culpan al gobierno actual por su derroche en el gasto público y otros en cambio justifican con la crisis económica a nivel internacional que se viene viviendo desde hace algunos años. Me atrevo a decir entonces que el Ecuador atraviesa por una crisis económica ya que además de que lo aseguran los especialistas en la materia, es evidente los síntomas que atravesamos, que son los mismos que vive una economía quebrada: falta de trabajo, falta de inversión extranjera, exceso de salida de divisas, ausencia de exportaciones, caída del petróleo, incremento de la deuda pública, ausencia de turismo, inestabilidad societaria y quiebra de las mismas, carencia de ahorro, precios excesivamente altos en la canasta básica, etc. La lista es larga pero lo más importante es que son evidentes.

Uno de los principales problemas es la falta de inversión extranjera debido a las múltiples restricciones que se les ha dado cuando han querido venir a invertir, es por ello que el Estado erróneamente ha pensado que puede abarcar con todo, que tiene la capacidad técnica y económica para realizarlo todo, una de las principales razones de la crisis de nuestro país. Para esta problemática una solución: Incentivos para la inversión extranjera y en el caso de mi presente trabajo de titulación nada mejor que la elaboración de una ley para regular los incentivos para asociaciones público-privadas e inversión extranjera.

La concesión de una obra pública, partiendo de la necesidad de la elaboración de dicha obra, la considero la mejor herramienta ante una crisis económica para atraer la inversión extranjera, y es que es aquí donde podemos captar divisas que promuevan la economía, crear nuevas plazas de trabajo y quitar un poco la carga al Estado

mismo, quien si bien es cierto deberá minuciosamente estudiar y otorgar dicha concesión, no tendrá que invertir en una obra de interés general, de necesidad pública, cuya obligación está en el realizarla; sino simplemente el Estado velará porque la obra que es de su obligación llevarla a cabo, haga sus veces un particular invirtiendo su propio dinero y luego recuperándolo con la explotación de la obra, en donde el Estado mismo le otorgará el tiempo prudente para ello.

2.3 Características

En el contrato de concesión de obra pública, como características tenemos: bilateral, oneroso, intuitu persona, de tracto sucesivo y solemne consideradas como las más importantes. Necesariamente será oneroso conmutativo ya que ambas partes se obligan a dar o hacer una cosa equivalente al de la otra parte obteniendo así una ganancia, en el caso de concesionario la utilidad monetaria que pueda obtener ante la explotación de la obra producto de su inversión particular, y por otro lado el beneficio del concedente, ente estatal, de cubrir con una necesidad pública.

El contrato es bilateral por la necesidad arraigada en que dos partes se obliguen, destruyendo su naturaleza de no ser así, por un lado el concesionario particular y por otra parte el concedente que siempre será al final de cuentas el Estado.

Es intuitu persona porque siempre que se busque concesionar una obra esta pasara por un proceso en el cual se seleccionará al concesionario por cumplir con el perfil que busca el concedente para su correcto cumplimiento de la realización de la obra, por lo cual al decir nosotros que se busca un perfil y el concesionario lo cumple, es imposible que este delegue o designa a un tercero hacer sus veces a excepción que la otra parte contratante lo permita y se lo deje estipulado en el acuerdo respectivo.

Tracto sucesivo debido a que el cumplimiento de este contrato indiscutiblemente no se podrá realizar por medio de un solo acto, es muy probable que se requiera de un lapso de tiempo para su cumplimiento y explotación del mismo; cabe recalcar que el tiempo de duración que se estipule en el acuerdo es de gran importancia para las vitalidad del contrato de concesión de obra pública.

Finalmente cabe mencionar que el contrato de concesión de obra pública obligatoriamente tendrá que ser solemne, ya que para que nazca en la vida jurídica se tendrá que asentar por escrito lo que se ha pactado por las partes.

2.4 Naturaleza Jurídica del contrato de concesión

La doctrina, desde un punto de vista general, ha considerado que la naturaleza jurídica del contrato de concesión de obra pública es mixta ya que en este "acuerdo de voluntades" se participa de los regímenes jurídicos del contrato de obra y de la concesión de servicios públicos. Es importante mencionar que en los contratos mixtos ya sean típicos o innominados, la determinación régimen jurídico puede realizarse utilizando los criterios de combinación o absorción; en el caso de combinación se analiza cada cláusula del contrato utilizando su respectiva naturaleza jurídica mientras que en el caso de absorción, al existir dos regímenes y naturalezas jurídicas contrapuestos, debe prevalecer el régimen de prestaciones que detente mayor trascendencia económica.

Se considera también que el contrato de concesión de obra pública detenta una naturaleza jurídica propia en la que se hacen partícipes los rasgos del contrato de obras y de la concesión de servicios públicos, pero ¿cuál es la diferencia sustancial? Decimos entonces que mientras que en la obra pública el objeto del acuerdo de voluntades se reduce a la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como carreteras, ferrocarriles, edificios, aeropuertos, monumentos, o cualquier otro que por su naturaleza pueda ser definida de ingeniería civil; en cambio en la concesión de obra pública el objeto del contrato es mucho más complejo, dado que en el caso de dicho acuerdo la administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción o explotación, o solamente la explotación, de obras públicas o, en general de aquellas que, siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación del bien construido, el cual puede ser acompañado de un precio.

2.5 Elementos del contrato de concesión de obra pública

La doctrina establece que son cuatro elementos del contrato de concesión de obra pública: el concepto de una obra pública, el equilibrio económico, el riesgo concesional y la explotación de la obra construida como medio de remuneración del contratista. En este capítulo se analizará cada uno de los mencionados elementos.

2.5.1 Noción o concepto de obra pública.- para comenzar a tratar este elemento es necesario definir en términos generales el concepto de obra y es a esta a la q se define como "toda cosa creada por una acción humana" que al relacionarla con el estado es decir, que emane esta acción del estado, es cuando se la considera pública. (Urueta Rojas, 2006)

A lo largo del tiempo ha habido una gran discusión relacionando a la obra pública como el resultado de la intervención de una entidad perteneciente a la administración pública; por otro lado se la ha vinculado a la obra pública con la simple finalidad de satisfacer el interés general a través de su uso o goce dejando a un lado la importancia de que entidad intervenga.

2.5.2 El equilibrio económico.- cuando hablamos del contrato de concesión notoriamente estamos hablando de un contrato oneroso, es decir en el cual dos partes se obligan el uno para dar o hacer una cosa y el otro para pagar un precio previamente establecido por las partes; por lo cual siempre se establecerá un objeto cierto y una contraprestación por el mismo.

Si bien muchas veces al momento de pactar las partes establecen un precio fijo pueden haber variaciones que afecten al contrato inicial ya sea que exijan mejoras en el objeto, por ende su precio subirá, o si se pide que disminuya el precio el

objeto se verá afectado. Pero ¿Cómo lograr un equilibrio económico entre el contratista y el Estado? La ley y la jurisprudencia han elaborado ciertos instrumentos para poder pre cautelar este equilibrio económico entre las partes, por medio de la teoría de los riesgos imprevistos y también diversos mecanismos para la revisión o actualización de los precios establecidos en los contratos.

2.5.3 El riesgo concesional.- en el caso de la teoría de los riesgos imprevistos, por esta teoría básicamente se entiende que el contratista privado conoce el riesgo que asume al contratar y que dada la eventualidad de algún suceso catastrófico que por supuesto provienen de acontecimientos naturales o externos a las partes contratantes este asume dicho riesgo, sin embargo el "riesgo" o "ventura" que asume el contratista particular nada tiene que ver en cuanto a culpabilidad se trata por parte del estado o ente estatal contratante.

De lo antes señalado podríamos decir que el contratista está en una evidente condición de desigualdad ante el ente estatal contratante, pero para ellos se ha buscado a lo largo del tiempo que el precio sea de acuerdo a las exigencias, condiciones y riesgos de la obra, dejando a un lado la antigua teoría de un "precio fijo" para las obras de manera general, lo cual imposibilita poder cubrir con ciertas demandas que requiere cada obra en particular. En el caso de concesión, si bien los recursos provienen del particular, en este caso se pactaría el valor de lo que va a recibir el contratista particular en la explotación de la obra, sumándole un proporcional por los riesgos que pueda asumir este último.

2.5.4 La explotación de la obra construida.- este elemento personalmente podría catalogarlo de fundamental para el contratista particular porque es aquí donde el empieza a percibir su inversión y posterior a ello su ganancia, como todos los contratos ambas partes deben obtener una ganancia, por una parte el contratista particular quien ha invertido en una obra con recursos propios/particulares con el único fin de obtener una ganancia y por otra parte el ente estatal que al concesionar dicha obra obtiene el beneficio de cubrir una necesidad de interés general.

2.6 Diferencia entre contrato de obra y concesión de obra pública.

Según lo estudiado a lo largo de la carrera de derecho y basándome en distintos libros que tratan el tema puedo decir que la diferencia sustancial entre ambos es la financiación del mismo, esto se reduce a que en el contrato de obra la financiación es pública, del ente administrativo (Estado) para la elaboración de alguna obra en beneficio del interés general; mientras que cuando hablamos de contrato de concesión de obra pública estamos en presencia de una obra que es financiada por un particular ¿con qué fin? Con el fin de explotar dicha obra de interés general y obtener una ganancia ya sea por medio de cobro de tasas o por la prestación del servicio, la cual sería su especie de ganancia a la inversión realizada.

A diferencia del contrato de concesión, la obra pública necesariamente requiere un acuerdo de voluntades que suscriben las partes para la elaboración, reparación, conservación o demolición de bienes de carácter inmueble, tales como carreteras, edificios, aeropuertos, puertos, etc. que tengan que ver con trabajos de ingeniería civil; así como también trabajos que tengan que ver con la modificación de la sustancia o forma de un terreno como por ejemplo sondeos, dragados, prospecciones, etc.

Clasificación de los contratos de obras

Juan Manuel Urueta Rojas hace una clasificación de los contratos de obras en su libro “El contrato de Concesión de Obra Pública”, de manera taxativa y nos dice que son:

- Obras de primer establecimiento reforma o gran reparación: son aquellas que dan lugar a la creación de un bien inmueble.
- Obras de reparaciones menores: son aquellas que tienen por objeto corregir daños no estructurales ocasionados por causas fortuitas.
- Obras de conservación y mantenimiento: son las que tienen por objeto reparar los daños ocasionados por el natural uso del bien inmueble. (Urueta Rojas, 2006)

3.- Ventajas del contrato de concesión

Entre las ventajas del contrato de concesión se podría decir, primero, el incentivo que desarrolla el Estado para la producción nacional, competitividad sistemática y productividad en la economía nacional ya sea dando la apertura a empresas nacionales con la circulación de capitales o a empresas extranjeras trayendo al país sus divisas.

Como segundo punto, podría mencionarse la satisfacción de servicios o bienes de interés general lo cual debe ser precautelado por el Estado, pero en casos específicos en el que no pueda proveerlos abra campo a otros a que lo realicen siempre con vigilancia del fiel cumplimiento de lo establecido en la ley además de su eficiente servicio.

Como tercer punto, es de gran importancia el hecho de que el Estado no asuma el riesgo de una obra de gran magnitud, delegando este riesgo al concesionario; salvándose así el Estado en el peor de los casos, como el de una catástrofe, de dicha pérdida.

Como cuarto punto, en época de crisis como la que atraviesa actualmente Ecuador, el Estado pueda delegar a compañías nacionales o extranjeras con posibilidades económicas de satisfacer un bien o servicio de interés general de manera eficaz, la realización del mismo, ante la incapacidad económica por parte de la administración central. Así como también ayuda a mejorar los índices de desempleo, proporcionando nuevas plazas de trabajo, factor que siempre se ve afectado dentro de una crisis. En lo personal, podría atreverme a catalogarlo como una especie de “salvavidas” para el Estado ante su carencia económica.

4.- OBRA PÚBLICA Y CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN EL DERECHO COMUNITARIO. PRECEPTOS.-

En el derecho Europeo la concesión de obras no es una simple modalidad de financiación del contrato de obra, sino un acuerdo de voluntades autónomo, que crea un régimen jurídico especial en cabeza de los particulares concesionarios.

Por su parte en el contrato de obra el coste de ejecución del proyecto va principalmente imputado a cargo del órgano de contratación, sin que el contratista reciba remuneración de los usuarios particulares. En cambio en el contrato de concesión de obras públicas el coste de la obra recae principalmente en los usuarios de la misma, sin que por ello no se puedan establecer "precios sociales" por la administración concedente. Al precio social se lo entiende como el cubrimiento parcial de los costes de la obra por la administración, a fin de aminorar la tarifa a cargo del usuario, en razón de políticas de ayuda y fomento.

Otra diferencia también se podría notar que cuando estás en presencia de un contrato de concesión el riesgo económico del contrato se encuentra asumido por el particular concesionario. En el caso de que se dé la eliminación del riesgo económico en cabeza del contratista, este evidentemente sería un contrato de obra pública.

5.- MODALIDADES CONTRACTUALES

5.1 PARTENARIADO PÚBLICO-PRIVADO Y CONTRATOS BOT

El partenariado es considerado como una red de trabajo entre entes públicos y privados que se afianzan para la cooperación, trabajo en equipo o red de un proyecto. Se lo considera en muchos países como un proceso formalizado en donde se ponen de acuerdo entes públicos y privados para llevar a cabo una obra, plan o programa según las acciones y estrategias planificadas por ambos colaboradores. Esta figura ha sido de gran trascendencia en países desarrollados para llevar con éxito alianzas, donde su principal objetivo sea los proyectos de ayuda social. En esta parte trataremos al partenariado público-privado, refiriéndonos como los instrumentos jurídicos para reglar las relaciones legales entre los particulares y el Estado. A continuación mencionaré los acuerdos de mayor trascendencia a esta modalidad:

5.1.1 Acuerdos BOO (Build –Own –Operate). - A pesar que no se transfiere el dominio de la obra al Estado, en estos acuerdos el particular construye y opera la infraestructura objeto del contrato para prestar un servicio público.

5.1.2 Acuerdos BBO (Buy –Build –Operate).- Este acuerdo puede llegar a ser considerado como una “compraventa”, en la que se hacen modificaciones ya sean de rehabilitación o expansión a una infraestructura ya existente. El derecho colombiano lo enmarca dentro de los llamados “procesos de privatización”.

5.1.3 Acuerdos DBO (Design –Build –Operate).- A estos acuerdos se los podrían asemejar a los contratos de obra ya que aquí se encomienda a un particular el diseño y construcción de infraestructura pero el dominio siempre lo tendrá el Estado, el particular es un simple encomendado a un trabajo.

5.1.4 Acuerdos BDO (Build –Develop –Operate).- Esta modalidad se asemeja a los acuerdos BBO (Buy- Build- Operate) ya que en este el particular contratista realiza cambios, renovaciones, modificaciones a la infraestructura ya existente utilizando sus propios recursos con el único propósito de explotarlo económicamente a través de un contrato que suscriben con la administración pero con la diferencia que aquí no se realiza con el fin de satisfacer necesidades de terceros, sino de la propia administración.

5.1.5 Acuerdos BOT (Build –Operate –Transfer).- A estos acuerdos se los asemeja, en cambio, con los contratos de concesión de obra pública ya que aquí una compañía privada suscribe un acuerdo con la administración para invertir en un proyecto de generación de infraestructura con el propósito de explotar económicamente la obra realizada y al igual que en el contrato de concesión de obra pública cuando finaliza el contrato todos los bienes pasan nuevamente a manos del Estado.

Sin embargo la doctrina considera que en estos acuerdos BOT hay ciertas particularidades en cuanto a las partes que intervienen que las mencionaré a continuación:

Agencia gubernamental.- en esta modalidad de acuerdos la agencia gubernamental llama, hace una invitación internacional para que inviertan en la realización de un proyecto de infraestructura asegurándoles la explotación económica de dicha infraestructura.

Patrocinador.- por regla general se forma una "asociación" integrada por sociedades de construcción, operadores e instituciones financieras en las que también están presentes unos inversionistas que aportan el 20% aproximadamente del coste del proyecto; este grupo elabora un plan de financiamiento, construcción y operación para responder a la invitación de la agencia gubernamental.

Constructores Contratistas.- en esta figura puede ser un tercera por el cual se contrató la ejecución material de un proyecto o también puede ser ene l caso de la

compañía encargada de la ejecución de la obra los hace parte de los integrantes del patrocinador. Cabe recalcar que este asume el riesgo de finalización del proyecto.

Instituciones Financieras.- Según establece la doctrina, generalmente estas instituciones son grupos de bancos quienes se encargan de proveer los recursos financieros para la ejecución de la obra o proyecto.

5.2.- LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y LOS CONTRATOS BOT

Comparación y diferentes tipos de modalidad de este contrato.

Los contratos BOT según la doctrina no son otra cosa que una concesión de larga duración en el que cada una de las etapas del contrato se encomienda a una persona especializada en la materia. Una vez mencionado el concepto de los contratos BOT, a continuación vamos a ver de manera taxativa las diferencias en este y el contrato de concesión de obra pública.

Partes.- En el caso de la concesión de obras públicas, en esta modalidad se está en presencia de un acuerdo de voluntades celebradas entre el estado y una particular, ya sea persona natural o jurídica. Por otro lado los contratos BOT las partes que intervienen en esta convención son múltiples los intervinientes.

Objeto.- En el contrato de concesión se busca la construcción y explotación económica del proyecto, mientras que en los acuerdos BOT se hace énfasis en lograr atraer inversión para la ejecución de la obra.

Implementación.- El Contrato de concesión se ha podido observar que ha sido utilizado tanto en naciones desarrolladas, en vías de desarrollo y subdesarrolladas; mientras que a lo largo del tiempo se ha podido observar que los contratos BOT han sido utilizados tanto por naciones desarrolladas como naciones en vía de desarrollo, funcionando de manera extraordinaria en los países desarrollados y sin correr con la misma suerte ciertas naciones que se encuentran en vías de desarrollo; y a esto la doctrina ha podido establecer cuatro causales;

Un primer problema se presenta en la diferencia de moneda ya que en ciertos países se carece de mercados financieros a largo plazo de moneda local por lo que se ve obligados a financiarse con divisas extranjeras.

Un segundo problema se da en la existencia en un marco jurídico inadecuado que v de la mano con la inseguridad jurídica en caso de controversias y el cumplimiento de las obligaciones contractuales, añadiéndole de paso la lentitud en la solución de controversias.

Como tercer punto podemos mencionar la inestabilidad política que se vive en los países en vías de desarrollo lo cual los expertos lo engloban bajo el concepto de “Riesgo País”.

Como cuarto y último problema podemos mencionar los obstáculos que se presentan en la financiación del proyecto u obra.

6.- Ley Orgánica de incentivos para asociaciones público-privadas y la inversión extranjera.

6.1 Objetivos de la ley

Considerando que uno de los objetivos de la política económica es el incentivo de la producción nacional estipulado en el Art 284 de la Constitución de la República del Ecuador y según lo amparado en el Art 316 de la misma carta magna, donde nos establece que el estado de manera excepcional podrá delegar las actividades que tengan relación con servicios públicos a la iniciativa privada; se dictó la ley orgánica de incentivos para asociaciones público- privadas y la inversión extranjera la misma que se publicó en el registro oficial el 18 de diciembre del 2015 con el fin de incentivar a la asociación público-privada para la realización y explotación de obras de interés público, así como también atraer de manera general la inversión extranjera y el financiamiento productivo.

Esta ley va dirigida para la ejecución de servicios de interés general, es decir obras relacionadas con la viabilidad, aeropuertos y puertos y otros que la ley otorgue

competencia exclusiva al Estado. Como excepción a esta regla se permite ciertas asociaciones público-privadas que el Comité Interinstitucional lo apruebe y considere necesarias para el desarrollo del país, de la mano con los preceptos constitucionales.

Pero, ¿Cómo lograr este incentivo? A través de incentivos como la exención a los inversionistas del pago del impuesto a la renta durante los primeros diez años en el que se generen ingresos operacionales, exoneración al impuesto a la renta por cuyos ingresos que hayan sido obtenidos en títulos representativos de obligaciones de trescientos sesenta días o más para financiamiento de dicha alianza, exoneración del impuesto a la salida de divisas en casos que menciona la ley, estabilidad jurídica en los contratos, simplificación y agilidad en los procesos y procedimientos administrativos, entre otros.

6.2 Aplicación de la ley

La Ley en su artículo 2 numeral 4, establece los campos o ámbitos a los que se dirige y en los que se podría sacar provecho de dichos incentivos, como por ejemplo en el caso de una obra pública que deba realizarse, dar mantenimiento o equiparla para brindar un servicio, siempre que esta sea de interés general. Un segundo caso se refiere a toda rehabilitación o mejora a la antes mencionada obra pública, así como también el equipamiento que se deba dar a esta obra, solo si esta es de gran importancia para el buen funcionamiento de la obra.

Otro caso también es cuando una obra ya existente requiera de cierto mantenimiento u operación para su buen funcionamiento, dicha acción sea sustancial para la obra. Cuando el Comité Interinstitucional considere que es de interés social la construcción y comercialización de viviendas u obras de desarrollo urbano, también se le otorgara los incentivos mencionados en la ley al particular que se haga cargo de ello. Este Comité también podrá calificar como prioritarios ciertos planes de investigación y desarrollo de manera general, es decir en varios ámbitos o materias, y podrá encargar dichos planes a un particular para su ejecución. Y por último los demás planes que el Comité Interinstitucional considere de gran importancia, prioritarios, quedando a su libre discreción.

6.3 Caso Posorja en el Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador nos establece que, los sectores estratégicos no podrán ser delegados salvo excepciones pero por su parte el Código Monetario y Financiero dispone que esta excepción podrá definirse mediante decreto; y es así como mediante el Decreto Ejecutivo número 1060 el presidente de la república, Rafael Correa Delgado, autorizó la construcción, mantenimiento y desarrollo del puerto de aguas profundas de Posorja en el cantón Guayas al gestor privado DP World Posorja S.A., que es parte de DPWorld de Dubái.

En un principio la mencionada empresa exigía el control de los servicios marítimos, como si se tratara de propiedad privada, dentro de los canales, puertos y enfoques de la terminal; así como también se decía que exigían establecer aranceles de un 20% superior a las tasas establecidas por la Autoridad portuaria de Guayaquil. La profundidad del puerto de Guayaquil no podría ser mayor a la ya establecida (9,75 metros) a fin de que los barcos más grandes que requieren un dragado mayor o igual a 15 metros lleguen solo al puerto de Posorja. Pedían exclusividad, es así que solicitaban que nadie más desarrolle actividades relacionadas con el manejo de contenedores, 200 kilómetros a la redonda, el uso exclusivo de casi 128 hectáreas y una línea costera de 2,3 kilómetros. De manera similar proponían la construcción de un nuevo canal de acceso marítimo.

Todas estas exigencias causaron consternación en las autoridades, especialmente en las autoridades portuarias quienes manifestaron que con esto solamente serían afectados ya que se estaba creando “un monopolio”.

Finalmente en el decreto ejecutivo del 25 de mayo del 2016, descartó muchas de estas exigencias de la empresa, asegurando el presidente Rafael Correa que en dicho documento se autoriza la operación portuaria, construcción, dragado y mantenimiento de un canal de acceso marítimo hasta Posorja así como también la construcción de las carreteras vía Morro, que es de Posorja a Playas; asegurando que en este puerto se podrá recibir barcos de mayor calado pero con la restricción de que sea su capacidad máxima 2 o 3. El tiempo de duración será de 50 años, es decir hasta

el 2066 y tendrá un costo de \$1.200 millones para su construcción, el mismo que está previsto su funcionamiento en tres años, generando 3.500 millones de dólares de ingresos para Ecuador. Lo que sí aseguró el presidente es que esta concesión no afectará a la libre competencia entre puertos ya que descartó la posibilidad de exclusividad y resaltó en cambio que esto dinamizará la economía en el país, sin mencionar más detalles relacionados con las otras exigencias que se especulaban, antes mencionadas.

Los expertos en finanzas y economía, aseguraron que este acuerdo es una gran oportunidad para Ecuador, ya que se está atrayendo inversión extranjera y a la vez construyendo un puerto de aguas profundas que podrá recibir barcos de gran calado y que eso nos beneficiará ante la competencia, criterio al cual me acojo y comparto.

CONCLUSIONES

Para concluir con el presente trabajo es importante mencionar que el contrato de concesión de obra pública es un contrato que forma parte del derecho administrativo al que se lo pudo palpar de manera más cercana cuando se dio la construcción del puente de la Unidad Nacional, es por ello que me atrevería a decir que es una de las mejores maneras de atraer inversión extranjera en época de crisis en el Ecuador, es a través de la concesión de obras públicas donde el Estado delega la elaboración de una obra pública por un determinado tiempo a un particular quien además de invertir por sus propios medios será quien explotará la obra, obteniendo así la inversión realizada y una ganancia por ello. Como hemos podido estudiar en el presente trabajo de titulación, tiene distintas modalidades las mismas que han ido evolucionando de manera favorable en países con mayor seguridad jurídica y equilibrio económico, demostrando así al particular las ventajas y el bajo índice de riesgo que tiene al invertir en el país.

A manera de recomendación, dada la creación de la anteriormente mencionada ley de incentivos solo me quedaría decir que en el Ecuador se le debería dar mayor importancia a la inversión extranjera algo que el gobierno actual se ha encargado de bloquear, para que así nuestro pequeño país pueda crecer ya que tiene todas las riquezas necesarias para poder hacerlo, las mismas que son de gran calidad como para poder competir con el mundo entero.

La mejor manera de atraer inversión es ofreciendo a los inversionistas seguridad jurídica en el país, derecho que se encuentra amparado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, en la que se garantiza el respeto a la mencionada carta magna y demás normas jurídicas existentes dentro del territorio. De la mano al derecho de seguridad jurídica van los principios de transparencia, equidad, eficiencia, suficiencia, subsidiaridad y demás, necesarios para poder precautelar los intereses y derechos de los particulares que deseen invertir en el país, dichos principios se encuentran amparados también en la Constitución en su artículo 34. Solamente garantizando este derecho que se basa en los principios antes mencionados, podrá ser atractiva la inversión de los particulares en el Ecuador,

siendo indispensable estas alianzas público-privadas para un mayor desarrollo del país sobre todo en época de crisis como la que actualmente atraviesa nuestro país.

REFERENCIAS (o BIBLIOGRAFÍA)

- Abalos, M. G., Bustelo, E., Correa, J., & Farrando, I. (2002). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Acosta, M., & Martínez, L. (2002). *Teoría General del Acto Jurídico y Obligaciones*. México DF: Porrúa S.A.
- Alviar, H. (2009). *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Ariño, G. (2003). *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.
- Benalcazar, J. C. (2007). *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Andrade y Asociados Fondo Editorial.
- Betancur, C. (2009). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín: Señal Editora Ltda.
- Blanquer, D. (2010). *Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Borja, R. (1995). *Teoría General del Derecho Administrativo*. Quito: PUDELECO Editores S.A.
- Chase, L., Dallari, A., Diez, M., Gordillo, A., Grau, A., Hutchinson, T., & Mata, I. (1982). *Contratos Administrativos: Contratos Especiales*. Buenos Aires: Astrea.
- Urueta Rojas, J. M. (2006). *El contrato de concesión de Obras públicas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

REPORTE URKUND



Documento [Karol Orellana Solis.doc](#) (D21503912)

Presentado 2016-08-26 02:56 (+02:00)

Presentado por maritzareynosodewright@gmail.com

Recibido maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje tesis de Karol Orellana [Mostrar el mensaje completo](#)

1% de esta aprox. 14 páginas de documentos largos se componen de texto presente en 3 fuentes.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Orellana Solis Karol Polette**, con C.C: # 0301779492 autora del trabajo de titulación: **La utilidad del contrato de concesión de obras públicas en época de crisis en el Ecuador** previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 17 de agosto del 2016

f. _____

Nombre: **Orellana Solis Karol Polette**

C.C: **0301779492**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La utilidad del contrato de concesión de obras públicas en época de crisis en el Ecuador		
AUTOR(ES)	Karol Polette Orellana Solis		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ricky Jack Benavides Verdesoto		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	26 de Agosto de 2016	No. DE PÁGINAS:	29
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho administrativo, Finanzas públicas, Derecho económico		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derecho Administrativo, contrato de concesión, obra pública, crisis económica, ley orgánica de incentivos para asociaciones público-privadas y la inversión extranjera, caso Posorja.		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>El presente trabajo de titulación tiene como fin analizar la importancia de utilizar la contratación por concesión de obra pública, resaltando el hecho de la crisis que está pasando nuestro país y es que solamente al atraer inversión por parte de los particulares, el Estado puede prosperar ante la crisis económica que atraviesa, es así entonces que en el presente trabajo estudiaremos la modalidad del contrato de concesión como atractivo para la inversión, el mismo que utilizará dinero propio para la realización de una obra, la misma que después será explotada por este y así podrá sacar su utilidad o beneficio. Consideré de gran importancia analizar este contrato con sus elementos, características y naturaleza jurídica previo al estudio de la problemática actual. Así como también un breve análisis de las distintas modalidades de dicho contrato las mismas que han ido surgiendo y trascendiendo en países desarrollados, además de su rol en el derecho comunitario. Otro de los temas a tratar es la diferencia entre contrato de obra pública y contrato de concesión de obra pública y las ventajas de este último. Finalmente se tratará de la Ley Orgánica de incentivos para asociaciones público-privadas y la inversión extranjera, sus objetivos, aplicación y un caso en particular que se da actualmente en Ecuador, que es el caso Posorja. Aquí veremos como el contrato de concesión es de gran trascendencia para que el país pueda desarrollar en vista de la decreciente economía que atraviesa el Estado.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-2554294	E-mail: karolorellana1@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso de Wright, Maritza		
	Teléfono: +593-994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			