



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

**“Trabajo de titulación de examen complejo para la obtención del grado de
magíster en Derecho de Empresa”**

**MARCO JURÍDICO PARA LOS CONTRATOS DE GESTIÓN
DELEGADA EN EL MODELO DE GESTIÓN DE ASOCIATIVIDAD
ENTRE ACTORES PÚBLICOS Y PRIVADOS.**

Ab. Carlos Ernesto Becilla Peñafiel

Marzo, 2017



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DE EMPRESA**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ab. Carlos Ernesto Becilla Peñafiel

DECLARO QUE:

El examen complejo “Marco jurídico para los contratos de gestión delegada en el modelo de gestión de asociatividad entre actores públicos y privados” previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Empresa**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 20 de marzo del 2017

EL AUTOR

Ab. Carlos Ernesto Becilla Peñafiel



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESA**

AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Carlos Ernesto Becilla Peñafiel

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo “Marco jurídico para los contratos de gestión delegada en el modelo de gestión de asociatividad entre actores públicos y privados” cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 20 de marzo del 2017

EL AUTOR:

Ab. Carlos Ernesto Becilla Peñafiel

ÍNDICE

Contenido	página
CAPÍTULO I.....	1
INTRODUCCIÓN.....	1
EL PROBLEMA.....	1
OBJETIVOS	4
Objetivo General	4
Objetivos Específicos	4
BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL.....	4
CAPÍTULO II.....	6
DESARROLLO.....	6
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
Antecedentes	6
Descripción del Objeto de Investigación	9
Pregunta Principal de Investigación.....	10
Preguntas Complementarias de Investigación.....	11
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	11
Antecedentes de Estudio	11
Bases Teóricas.....	13
Definición de Términos.....	28
METODOLOGÍA.....	28

Modalidad.....	28
Población y Muestra.....	29
Métodos de investigación.....	31
Procedimiento.....	32
CAPÍTULO III	33
CONCLUSIONES.....	33
RESPUESTAS.....	33
Base de Datos	33
Análisis de los Resultados.....	63
CONCLUSIONES	65
RECOMENDACIONES.....	67
Bibliografía.....	68

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

EL PROBLEMA

Con la vigencia de las nuevas bases jurídicas fijadas en la Constitución del 2008 el Ecuador, se sesgó a la planificación estatal. Es así como hoy en día encontramos desde una institución pública dedicada a la planificación nacional hasta un plan que es transversal para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. El Plan Nacional de Desarrollo (hoy llamado Plan Nacional del Buen Vivir) es el instrumento donde se encuentran los objetivos del desarrollo del Estado mismos que deben estar concatenados con las políticas públicas que delimita el poder Ejecutivo a través del ejercicio de la rectoría en los diferentes sectores de su competencia, es decir, si se comprende el Plan Nacional de Desarrollo, se tendrán líneas claras para comprender la visión del régimen de desarrollo a la cual se guiarán las obras de desarrollo del gobierno.

El Estudio Económico para América Latina de la CEPAL del año 2015 (CEPAL, 2015) asevera que existe una crisis globalizada (en especial dentro de América Latina que se encuentra en una economía en contracción) que, sumada a un derrumbe del precio del barril de crudo internacional, ha afectado directamente los presupuestos estatales de la región y por consecuente de nuestro país por la alargada tendencia a la baja de productos que nutren nuestro PIB como los agrícolas y los energéticos. Asegura la CEPAL que entre enero del 2011 y mayo del 2015 los productos agrícolas tuvieron una tendencia a la baja de sus precios en un 29%, mientras que los productos energéticos (rubro compuesto -entre otros- por el petróleo), en el año 2015 tuvo una drástica caída en comparación al estancamiento y descenso gradual mostrado entre el 2011 y 2014, del 52% mientras que tan solo el precio del crudo del barril de petróleo fue del 60% aproximadamente.

Dentro de la economía ecuatoriana, el petróleo es el producto de exportación más relevante a tal punto que equipara la balanza comercial ecuatoriana. Con un presupuesto afectado dentro de un estado que genera tal gasto público que ha hecho crecer el PIB, las decisiones políticas actuales tienen un norte claro de recorte del gasto, pero sin mermar la prestación de servicios públicos, situación compleja pero no imposible. Por otro lado, la aparición de figuras jurídicas que oscilan en el mercado entre lo público y

lo privado, como las empresas públicas y las sociedades de economía mixta; y, también la decisión política de evitar el entreguismo de competencias exclusivas estatales a través de las privatizaciones plenas frente a un derecho administrativo cuya evolución va encaminado a la creación de figuras y formas de participación privada han puesto sobre el tapete de discusión figura de “alianzas público - privadas” que ofrecen un escenario en el mercado de oportunidades para los agentes privados.

En junio del 2009, la revista *The Economist*, emitió la publicación “Partnerships for progress? Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean” [Alianzas para el progreso? Evaluación del entorno para alianzas público privadas en América Latina y el Caribe], (The Economist Intelligence Unit, 2009) donde establecieron una metodología para la evaluación del terreno de cada país para implantar nuevas y mejores alianzas público privadas.

Dentro de dicha metodología se aplicaba un balance score en el cual se consideraban como categorías a evaluar: el marco legal y regulatorio, el marco institucional, madurez operativa, ambiente para inversiones, riesgos financieros. Donde el marco legal y regulatorio llevaba la mayor parte de la ponderación con el 42% y el Ecuador en la evaluación general aparecía en puesto 17 de 19 países evaluados con una calificación de 14.5 teniendo como referencias a Chile con la máxima puntuación de 64.3 y Venezuela en último lugar con 7.1.

Dentro del análisis de la categoría del marco legal y regulatorio se observaron situaciones como que no todos los países poseían leyes explícitas que permitan las concesiones, las políticas de app’s para medio ambiente son muy cerradas a la exclusividad pública, el bajo nivel de capacidad para una distribución de riesgos con el privado (situación que degenera en muchos litigios post contractuales); y, los mecanismos de solución de controversias sólo se refieren a normas nacionales sin mayor profundidad.

El problema ecuatoriano se ahonda aún más dado que al momento de calificar el marco legal y regulatorio, nuestro país obtuvo el puesto -18 compartiendo el último puesto con Nicaragua que también obtuvo la calificación de 5.6, esto en resumidas cuentas debido a que la normativa nacional no es muy clara y data del año 1993, existe mucha normativa específica para cada sector (no está homogeneizada); y, con la aparición de la

constitución del 2008, los artículos 314, 316 y 318 limitaron los sectores con eventuales concesiones y dieron la impresión inclusive se puso como excepción los modos de intervención de gestores privados.

En el último Infrascopio (The Economist Intelligence Unit, 2014) que data del 2014 vemos como en las ponderaciones la característica del marco regulatorio baja su ponderación al 25% sin embargo sigue siendo el rubro más importante. Ecuador obtuvo el puesto 16 de 19 países con una calificación de 22,1 donde como referencia Chile con su primer lugar obtuvo una calificación de 76,6 y Venezuela el último lugar con 3,2. Así, el Ecuador ha obtenido desde el 2009 al 2014 una curva ascendente pero que se desaceleró un poco en el 2012, donde se destaca que si es verdad que el marco jurídico a variado desde el 2008 el tema de la excepcionalidad de delegación sigue siendo un problema que se suma a la carencia de un marco jurídico integral para las APP, por ejemplo, dice el estudio que en la mayoría de los casos, la selección de concesionarios debe realizarse a través de una competencia pública, pero los demás detalles se dejan a cargo del ministerio sectorial que prepara la APP.

Así pues, el problema que se plantea en el presente trabajo va encaminado a cómo el estado ecuatoriano debe pulir la figura de las alianzas público privadas para obtener sus objetivos del desarrollo trazados en su Plan Nacional de Desarrollo de tal manera que no se detenga la prestación de servicios públicos a pesar de contar con un presupuesto muy limitado y sin mermar sus competencias como generadoras de recursos propios.

En el presente trabajo se tratará de analizar falencias y vacíos normativos del marco jurídico que actualmente regulan las asociaciones público – privadas, partiendo desde experiencias internacionales y tomando como base la Teoría de la Contratación Administrativa según el argentino Gustavo Puig y como base el estudio sobre Asociaciones Público Privadas de la ecuatoriana Vianna Maino, para así solventar una posible solución jurídica al problema económico de eliminar cargas al Estado.

OBJETIVOS

Objetivo General

Estudiar el marco jurídico referente a los contratos de gestión delegada en el modelo de gestión de asociatividad entre actores públicos y privados.

Objetivos Específicos

1. Definir los límites jurídicos de los contratos de gestión delegada para que no sea una forma de evasión de las normas de contratación pública.
2. Definir el marco legal regulatorio y conceptual en la suscripción de un contrato de gestión delegada.
3. Implementar consideraciones jurídicas que deban de considerarse previo a la suscripción de los contratos de gestión delegada.

BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

Nuestra Constitución determina que el sistema económico ecuatoriano es el denominado “social y solidario” mismo que concibe al Estado en como uno de sus elementos constituyentes junto al mercado y la sociedad, siendo el último el actor principal que influye al primero y el Estado un agente regulador entre la relación de ambos; así pues vemos que el Estado es integrante del sistema económico no permite desavenencias entre la sociedad y el mercado.

Según Natalia Castagnet, citando a Santibáñez, afirma que la modernización del Estado es una estrategia estatal orientada a alcanzar mayores grados de eficiencia, eficacia y calidad en la gestión de servicios de servicios públicos y políticas públicas (Castagnet, La participación social en las decisiones públicas en el marco de la modernización del Estado, 2011). Al hablar de eficacia y eficiencia en calidad hablamos de conceptos que primero se desarrollaron en el sector empresarial privado y hoy en día dada la naturaleza y exigencia ciudadana es imperativo acoplarlos a al sector público. Aquí entonces empieza el germen del denominado estado empresario, un estado con una estructura organizada visible y encaminada a cumplir con metas trazadas desde el principio por medio de sus políticas públicas.

Como asegura Sánchez-Praga la modernización del Estado ha vuelto recíprocamente interpenetrables a lo público y lo privado, convirtiéndolos en polos extremos de un mismo continuo, en el que lo público puede adoptar múltiples variaciones y modalidades privadas, así como lo privado puede adoptar variaciones y modalidades públicas (Sánchez Praga, 1999, 134). Así la tendencia modernizadora de los Estados debe tener su fuente en un derecho administrativo que por intermedio de la creación de sus figuras jurídicas propias no sea tan estricto en sus reservas legales, sino que permita la aparición de modelos de gestión en los cuales -basados en las eficiencia y necesidad económica- encontremos una salida a los problemas de la administración: garantizar los derechos de sus ciudadanos. Afirma también Sánchez-Praga que el proceso de modernización del Estado se incluye la posibilidad de transferencia al sector privado de bienes y servicios públicos.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antecedentes

Como se dejó esbozado en el capítulo I, de acuerdo a la metodología del Infrascopio, desde su primera publicación en el año 2009 hasta el 2012 el Ecuador ha tenido una incipiente mejoría si de hablar de asociaciones público privadas se trata, siendo el marco jurídico y reglamentario una asignatura aún pendiente para implantar estos modelos de gestión así pues debemos primero disgregar entre el modelo de gestión tradicional y este de reciente y necesaria aplicación.

El modelo de administración pública denominado “Estado-gestor” apareció de forma concreta hace aproximadamente medio siglo. El Estado-gestor se concebía como un Estado que otorgaba directamente los servicios públicos (a diferencia del marxismo que tiene propiedad sobre medios de producción) a sus ciudadanos sin embargo y como es obvio tiene dificultades en temas como redistribución de ingresos, estabilidad de la macroeconomía y linealidad en la calidad de prestación de servicios públicos. Citando a Vianna Maino de Chiriboga en su libro *Mecanismos de Asociaciones Público Privadas*, el Estado-gestor consiste en la participación directa del mismo en la generación de obras y en la prestación de servicios. Así pues, vemos que hoy en día la tendencia ecuatoriana es muy semejante a la de un estado-gestor (Maino, 2011).

De igual forma, según la publicación “Las Asociaciones Público Privadas como alternativa de financiamiento para las entidades federativas” del Centro de Estudios de Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados de México, que data del 2016, distinguen brevemente entre dos modalidades dentro del espectro de construcción de obra pública y provisión de servicios: la tradicional y la privada; diferenciando que en la primera las instituciones asumen el diseño, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura y provisión de servicios, mientras que, en la segunda, una o varias empresas privadas son propietarias de activos que utilizan para la provisión de o un servicio asumiendo estas empresas todo el riesgo y aportando la inversión total, aquí encontramos a las privatizaciones propiamente dichas (Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, Cámara de Diputados, 2016).

Según dicha publicación se destacan como problemas de la gestión tradicional los siguientes: Creciente demanda de la sociedad por infraestructura y servicios de mayor calidad; disponibilidad limitada de recursos presupuestarios; múltiples presiones a las finanzas públicas, principalmente por el endeudamiento; métodos de selección de proyectos deficiente; mantenimiento inadecuado de la infraestructura; tarifas y precios poco eficientes.

Dentro de lo que al proceso de modernización se refiere en el Ecuador; y, como dato histórico, según reconoce Pablo Zambrano Albuja, el 31 de diciembre de 1993, mediante publicación en el Registro Oficial No. 349, durante el periodo presidencial del Arq. Sixto Durán Ballén, entró en vigencia la Ley de Modernización del Estado, Privatización, y prestación de Servicios Públicos por parte de Iniciativa Privada. Afirma el citado autor, que el proceso de elaboración de esta ley existió financiado por el BID y la USAID (Zambrano, 2006, 9). Dentro del objeto de la misma se consideraba -de entre otros- el establecimiento de principios y normas generales para regular la prestación de los servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa privada mediante la demonopolización, la libre competencia y la delegación de los servicios públicos. Esto dado que dentro de las consideraciones de ley se tomaba en cuenta que el Ecuador no había encontrado un modelo económico estable y duradero, motivo por el cual se tornaba ineludible el inmiscuirse en un proceso de privatización y concesión de servicios con la finalidad de atenuar las cargas económicas del Presupuesto General del Estado.

Hasta antes de la citada ley, durante el gobierno del Dr. Rodrigo Borja, la prestación de la mayoría de los servicios públicos estaba en manos del Estado a través de empresas o entidades autónomas de administración, pero con capital estatal, sin embargo, a decir de la época, los servicios no eran de buena calidad y la carga laboral consumía gran parte del gasto corriente del presupuesto del Estado.

No obstante, afirma la autora Ximena Endara Osejo que esta Ley de Modernización, no fue sino un reflejo de un “empate político” del Congreso, suscitado entre los congresistas de tendencia privatizadora y los de la oposición ya que al final la coyuntura de esa época de un gobierno sin respaldo político como el de Durán Ballén, hicieron que los resultados obtenidos no reflejaran los reales intereses e intenciones del Gobierno (Endara, 1999, 128).

A raíz de la aprobación de la Constitución del 2008 la estructura económica y el sistema como tal se vio modificado como ya se ha indicado en líneas anteriores. Gilberto Gutiérrez al referirse a marco económico constitucional ecuatoriano afirma que en materia económica recientemente aprobado no se aparta de su concepción intervencionista tradicional, sin embargo el sustento legal de la intervención lo encontramos en el Título VI Régimen de Desarrollo, en virtud del cual apelamos a un Estado promotor del buen vivir, sustento social suficiente para injerirse en la promoción, dirección, coordinación y correcto desarrollo del sistema económico nacional (Gutiérrez, 2012).

También afirma Gutiérrez que el nuevo régimen constitucional económico mantiene en principio limitaciones objetivas tradicionales en cuanto a los principios liberales, además de amparar los preexistentes en el ordenamiento jurídico nacional tales como las prohibiciones por materia ambiental, o áreas estratégicas por el estado. Sin embargo es fundamental destacar la nueva disposición de planificación económica del Estado en su articulado en virtud del cual amplía su intervención como proveedor de bienes y servicios además de competidor con el sector privado en las nuevas áreas o sectores estratégicos del Estado (Gutiérrez, 2012).

Esto, sumado a la conceptualización del Estado que constaba en el Plan Nacional de Desarrollo (2009-2013) y del Plan Nacional del Buen Vivir (2013-20017) mismos que son documentos obligatorios para el planteamiento de lineamientos y políticas públicas durante el periodo de gobierno, se detalla a la privatización como uno de los mayores males dejados por los gobiernos anteriores y que esta afectó no sólo a la prestación de servicios públicos sino también al hablar de cultura y de desarrollo (Senplades 2009, 2013). Es por esa razón que en ambos documentos se consideran políticas públicas para evitar la misma, dentro de los diferentes objetivos detallados para cada sector. La visión de la privatización se la estudia como un problema crítico y como un lineamiento para la inversión de los recursos públicos y la regularización económica. Así pues, por un lado tenemos un Estado como gran dador de servicios públicos mientras que en sus objetivos y políticas de gobierno su visión es de restringir las diversas formas privatizadoras pero sin dejar de aceptarlas como una posible solución en la medida que se las limite.

En la actualidad, el Ecuador cuenta con la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera publicada en el Suplemento del Registro Oficial 652 de fecha 18 de diciembre de 2015, a breves rasgos y como su nombre mismo lo indica tiene una parte institucional y otra parte de beneficios. Según el entonces Ministro Coordinador de Sectores Estratégicos, Rafael Poveda señalaba ya en ante la Comisión de Régimen Económico de la Asamblea Nacional que “Lo que ahora se introduce es el concepto de estabilidad tributaria y estabilidad jurídica, es decir se da la seguridad de que las condiciones que se dieron a las empresas nacionales y extranjeras se mantendrán en el tiempo”.

De igual manera, durante su debate en la Asamblea Nacional, en la etapa de lectura de informe final de la Comisión de Régimen Económico se indicó que El informe de la Comisión incluyó la devolución del impuesto al valor agregado solo para proyectos de minería; que el arbitraje en temas tributarios no sea sujeto a organismos internacionales; y la remisión de intereses, multas y recargos de mora patronal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) y la remisión inmediata del monto total del capital e intereses del Banco Nacional de Fomento (BNF).

Como se puede ver, el proceso de formación de la Ley se vio sesgado a establecer puntualmente beneficios, pero se debería analizar si los beneficios económicos son directos para atracción de inversiones. La teoría de las Asociaciones Público Privadas es mucho más compleja ya que incluye una interrelación entre lo económico y lo jurídico, situación que no se evidencia en dicha ley, siendo la Ley de Modernización y la Constitución las bases legales más reales para esta institución y de ahí en planteamiento de si la base legal expuesta es suficiente para cumplir con el cometido de atracción de capitales inversores privados nacionales o extranjeros.

Descripción del Objeto de Investigación

Con una política estatal que bajo ningún concepto se va a sesgar hacia la privatización plena, pero con difíciles retos en el tema presupuestario por la caída del precio del petróleo entre otros y una política seria de no desincentivar los servicios públicos de calidad, resulta complejo elaborar un marco jurídico y tomar una decisión política para ahorrar recursos estatales trasladando los gastos a los dados privados sin perder hegemonía estatal al momento de prestar estos servicios.

Lo que se pretende alcanzar con la presente investigación es un análisis completo de la asociación entre el Estado y el sector privado. El momento exacto en el que es necesario tomar la decisión política de delegar los servicios públicos y hacer atractivo por medio de ventajas, el mercado de los servicios para que los inversores privados entren a gestionarlos por cuenta y riesgos de ellos.

La forma de dar esta delegación sin que signifique un menoscabo para el presupuesto estatal manteniendo el control o la rectoría sobre los servicios y velar por más que un cumplimiento lucrativo sino también la calidad de prestación de servicio.

También se pretende analizar a profundidad la figura de contrato de gestión delegada de tal manera que los empresarios y/o inversores encuentren en este una oportunidad empresarial que incluya la ventaja de **posesión de un mercado que es un monopolio natural**.

Pregunta Principal de Investigación

¿Cuáles son los términos en los que debe operar un contrato de gestión delegada en el marco de una alianza-asociación entre el sector público y privado?

Variables única

Términos del contrato de gestión delegada en el marco de una Asociación entre instituciones del sector público y delegatarios privados.

Indicadores de la variable:

Bases y límites de la negociación previa a la suscripción de un contrato de gestión delegada bajo la modalidad APP

Organicidad de las instituciones que regulan los proyectos de Alianzas Público Privadas

Límites de los beneficios e incentivos para los adjudicatarios del contrato de gestión delegada.

Preguntas Complementarias de Investigación

¿Cuáles son los fundamentos legales teóricos para la delegación de la gestión?

¿Cuál es el marco legal regulatorio actual que existe en el Ecuador respecto a los contratos de gestión delegada?

Acorde a breves experiencias extranjeras ¿qué elementos se pueden considerar al momento de la suscripción de un contrato de gestión delegada?

¿Es el contrato de gestión delegada un contrato administrativo de cláusulas exorbitantes o simplemente un contrato de ventajas para el sector privado?

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Antecedentes de Estudio

El modelo de Alianzas Público Privadas no es tan nuevo a nivel mundial. Como se expuso en los acápite anteriores constituye una forma de alivio de los presupuestos públicos para no detener la provisión de servicios públicos fundamentándose en la distribución de riesgos entre el sector público y el gestor privado.

Las Alianzas Público Privadas son la denominación que toman en América Latina lo que en 1992 empezó en Inglaterra con la denominada Private Finance Initiative (PFI). Conforme lo expuesto por Miguel Sanabria Luengo, a modo de síntesis sobre el desarrollo de las PFI explica que esta figura inglesa apareció a raíz de la crisis económica de los años 70 donde se marcó la crisis fiscal inglesa y sus medidas restrictivas de gasto público. A principios de 1989 se manifiesta la primera apertura al capital privado con las Ryrie Rules que eran normas con las que se establecía las condiciones para que las empresas públicas pudieran acceder a financiamiento privado de manera que se representasen una efectiva reducción de costes sin generar incremento en el gasto público extrapresupuestario (Sanabria, 2016).

Luego de aquella semilla, para 1992 germinó lo hoy conocido como el modelo de colaboración público – privada, cuya base fundamental era el reparto de riesgos entre el operador privado y público con lo cual se formó el concepto de Private Finance Initiative bajo el principio rector del “value for money” (Sanabria, 2016). Estos dos conceptos son fundamentales para llevar a cabo una asociación público privada, y se distingue del ya expuesto modelo tradicional como de la privatización de servicios. El

mismo Sanabria lo define como una tercera vía de gestión. Dependiendo del país donde se aplique esta fórmula y de la experiencia propia encontraremos términos asociados como Private Public Partnership (PPP), Alianzas o Asociaciones Público Privadas (APP), Concesiones; o, como se denomina en México, Proyecto de Prestación de Servicios (PPS).

En la actualidad, este modelo es mundialmente aceptado pero su creación no es unívoca y para su desarrollo se “ha hecho camino al andar” siendo una de las principales falencias la falta de seriedad ética de los gobiernos. A nivel mundial hay varios ejemplos de APP que se vuelven modelos para otros países. Es una solución latente en las decadentes economías de la región.

Como se había dejado citado en el establecimiento de la problemática del capítulo I de este Examen Complexivo, según el citado Estudio Económico de América Latina y el Caribe realizado por la CEPAL en el 2015 la desaceleración económica era y es una realidad, el crecimiento incipiente de los PIB de la región o hasta su decrecimiento sería un efecto dominó que terminaría golpeando todos los presupuestos regionales en estados donde la reivindicación de derechos sería lo tónica de todos los procesos políticos, pero de qué discurso de reivindicación se puede hablar sin dinero para conferirlos.

El citado estudio de CEPAL, en su capítulo III denominado “Un puente hacia el futuro: dinamizar la inversión desde el ámbito público”, considera como posible solución que las Asociaciones Público Privadas puedan complementar las inversiones estatales refiriéndose así: Actualmente, las asociaciones público-privadas constituyen un instrumento importante para movilizar recursos y crear nueva inversión, aunque, si no son bien utilizadas, también pueden presionar sobre las finanzas públicas e implicar obligaciones fiscales en el futuro. En la región, este mecanismo se aplica en diversos sectores, como transporte, energía, telecomunicaciones y agua y saneamiento, y en una gran variedad de proyectos, como la construcción y operación de carreteras, puertos, puentes, canales, aeropuertos, redes ferroviarias y gestión de residuos.

La CEPAL, citando a la publicación de la OCDE denominada “From Lessons to Principles for the use of Public Private Partnerships” del 2011, acoge las recomendaciones de esta última y sugiere que para realizar una buena APP hay que

tener en cuenta: I) dar a conocer los costos, beneficios y riesgos relativos, tanto de las asociaciones como de la operación tradicional; II) establecer un marco jurídico para las asociaciones público-privadas que sea claro y predecible y esté bien regulado; III) asegurarse que el sector público cuente con la capacidad e institucionalidad necesaria; IV) basar la decisión de inversión en las prioridades políticas del gobierno y no en la forma de financiamiento del proyecto; V) el proyecto debe ser tratado de manera transparente en el proceso presupuestario; VI) investigar cuidadosamente el método de inversión que sea más rentable; VII) transferir el riesgo a la parte que pueda manejarlo mejor (es decir, a aquella a la que le cuesta menos evitar el riesgo o hacer frente a sus efectos); VIII) involucrar al usuario en la formulación y el monitoreo de las asociaciones público-privadas; IX) mantener las ganancias de eficiencia durante la operación, renegociación o fracaso del proyecto, y X) garantizar la competencia e integridad del proceso de adquisición (CEPAL, 2015).

En Ecuador y a decir del Dr. David López como lo expuso en la III Jornadas de Derecho Administrativo dada en la Universidad Andina Simón Bolívar de la ciudad de Quito, el hacer que las decisiones políticas giren su mirada a la expedición de esta norma de APP corresponde a un momento coyuntural.

Bases Teóricas

Las alianzas público – privadas, como modelo de gestión tienen por objeto la provisión de bienes, obras o servicios por parte del Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados que han emprendido un proyecto en asociación con los particulares. Es muy delgada la línea con los objetivos o el régimen legal de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública ya que este regula estrictamente la contratación de bienes y servicios incluidos los de consultoría, siempre y cuando haya necesidad institucional previa, que sean para la misma institución pública contratante. Por otro lado nuestro tema en referencia es exclusivamente para el emprendimiento de proyectos que tengan por finalidad proveer de servicios, así la finalidad es el ciudadano mas no la institución pública. Dentro de las bases teóricas a analizar nos aproximaremos a un concepto de APP, definiremos el objeto sobre el que recae este modelo de gestión, las limitantes constitucionales y legales para la coparticipación del privado, la forma de instrumentalizar esta participación, el tipo derecho aplicable y la responsabilidad

susceptible; para llegar finalmente a características contractuales y tipología de contratos.

Todos los autores son categóricos al afirmar que las Alianzas Público – Privadas son un modelo de gestión de servicios públicos que poco o nada de uniformidad encontraremos al momento de definir las. Por ejemplo, en el Libro Verde da una definición genérica al manifestar que la colaboración pública privadas se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004).

Por otro lado, el Dr. Jorge Enrique Romero Pérez, citando a su vez a Michel Gerrard en su obra “Asociaciones entre los sectores público y privado. ¿Qué son las asociaciones público y privado; y, en que se diferencian de las privatizaciones?” del 2001, llega a una definición de las APP por antonomasia indicando que: Las asociaciones entre los sectores público y privado (APP) generalmente no son “privatizaciones” en el sentido habitual de la palabra. Una empresa privatizada es una empresa que estaba en manos del sector público y que pasó a ser propiedad del sector privado. Puede operar en mercados altamente competitivos (como lo hace, por ejemplo, una compañía aérea) o puede ocupar una posición monopólica y por lo tanto debe ser objeto de reglamentación una vez que ha sido transferida al sector privado (por ejemplo una empresa de servicios públicos). En ambos casos, el sector público deja de participar en la empresa (Romero, 2015, 100-145).

Continúa diciendo que: una APP, en cambio, es una relación comercial entre los sectores público y privado que no corresponde a ninguno de esos modelos. En el caso de un proyecto en el marco de la Iniciativa para el Financiamiento Privado (IFP), la empresa se define mediante un contrato a largo plazo en el que los servicios que debe prestar la APP (los productos) se especifican en detalle. En su modalidad de empresa conjunta entre los sectores público y privado, una APP es una empresa con ciertas obligaciones del sector público definidas en sus documentos institucionales o en contratos con el sector público (Romero, 2015, 100-145).

Citando a Andrea Marcela Giraldo Ayala que a su vez evoca la definición de la OCDE del año 2008 para las APP como: un acuerdo entre el gobierno y uno o más socios privados, bajo el cual los objetivos de provisión de servicios del gobierno se encuentren alineados con los objetivos de obtención de utilidad del sector privado y donde la efectividad depende de una adecuada transferencia de riesgos al sector privado (Giraldo, 2013).

Cabe destacar que, de las tres definiciones traídas a colación, al hablar del término Asociaciones Público Privadas no necesariamente nos referimos a un tipo de contrato sino a todo un proyecto específico de provisión de servicios donde los actores serán tanto los gestores privados como un ente público. Este modelo de gestión incluye la integración a largo plazo del diseño, financiamiento, construcción, operación, mantenimiento y conservación de la infraestructura objeto del proyecto, etapas donde deberá existir una debida distribución de riesgos. Es decir, que el contrato -en nuestro caso de gestión delegada- es el instrumento final que plasmará todas las particularidades del proyecto.

Dentro del marco de las alianzas público-privadas un elemento teórico importantísimo es el concepto de la delegación. En primer lugar debemos manifestar que en el caso ecuatoriano la delegación es diferente a la privatización dado que la segunda es una forma de trasladar al privado la prestación del servicio para que este lo gestione a su antojo y no tenga la opción de devolverlo al Estado; por otra parte, la delegación se destaca porque el Estado se reserva la facultad de rectoría de gestión del servicio público quedando este a control, supervisión y restitución del Estado cuando este lo determine necesario o se cumplan los términos del contrato de delegación.

Dado que las APP son una forma de intervención del privado en la parte pública es necesario destacar que El Teorema de la Privatización que expone Jorge Onrubira Fernández citando a Sappington y Stiglitz quienes propusieron un interesante catálogo de los elementos que inciden en la elección óptima entre producción pública o privada de actividades colectivas. Su análisis, acota Onrubira, parte de la premisa de que la mayor parte de las dificultades organizativas a las que se enfrentan tanto el sector público como el privado son, en origen, común. Sin embargo, las características del sistema de precios y de la autoridad pública, como mecanismos asignativos, presentan

diferencias que pueden ser determinantes de la superioridad o no del contracting out (Onrubia, 2005).

Ahora bien, como se había dicho, la legislación referente a APP es muy escueta en nuestro país. Por lo tanto, si nos remitimos al artículo 13 de la Ley Orgánica de Incentivos de Asociaciones Público – Privadas y la Inversión Extranjera vemos que nuestras APP se materializan en los denominados contratos de gestión delegada. El objeto de dichos contratos es la provisión de bienes y servicios públicos.

Nuestra Constitución comprende bien aquello que las asociaciones público privadas van más allá de una institución de naturaleza jurídica sino que es el interrelacionamiento de una gestión de servicio público que también abarca lo económico y lo comercial. Es por eso que trata sobre la delegación en su Capítulo Cuarto sobre la Soberanía Económica. Dentro de dicho capítulo, en su sección quinta se trata sobre Sectores Estratégicos, servicios y empresas públicas. Bajo ese contexto encontramos que el 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.

Al respecto la Corte Constitucional ha emitido la sentencia interpretativa No. 001-12-SIC-CC del 05 de enero del 2012 dentro del caso No. 0008-10-IC ha establecido claramente la excepcionalidad de la delegación para la gestión de los servicios públicos y los sectores estratégicos detallando que: el artículo 316 de la Carta Magna establece los casos de delegación para la gestión de los sectores estratégicos y/o para la prestación de los servicios públicos. El primer caso es para las empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria. Estas empresas mixtas podrían ser constituidas por empresas públicas, conforme lo prevé el inciso final del artículo 315 de la Constitución, o por otras entidades del Estado. El segundo caso es para la iniciativa privada -no se incluyen las empresas mixtas antes detalladas-, o para la economía popular y solidaria; pero este proceso de delegación es de carácter excepcional y siempre en los casos que establezca la ley, con los requisitos que ahí se determinen.

Continúa la Corte indicando que: Es preciso entender que los casos de excepcionalidad se deberían establecer para cada sector estratégico y/o para cada servicio público, pues son ámbitos conceptuales muy amplios que podrían ameritar distinciones o particularidades específicas para cada sector, y si algunas leyes especiales de un sector no establecieren estos casos de excepcionalidad, en la actualidad, por ser cuerpos normativos anteriores a la Constitución de la República del 2008, podría ser viable una reforma legal, o, en todo caso, se estará a las leyes que regulen y manden en cada sector, en donde se determinen los casos de excepción y los requisitos correspondientes. No obstante, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en su Libro V, Título I, regula el fomento y promoción de los sectores estratégicos, y en cuyo artículo 96 (...) y la delegación de la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria se la hace de forma excepcional, en los casos previstos en el artículo 100 de este cuerpo normativo (...) bien podría entonces aplicarse esta disposición legal, hasta que la ley de la materia o del sector correspondiente determine los casos de excepcionalidad de delegación a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria en cada materia o sector.

Es decir, la Corte restringe la excepcionalidad a la ley de la materia y de forma genérica, a falta de norma del ramo, este vacío de normas de excepcionalidad puede ser suplido por decisión del Presidente de la República en función del artículo 100 del COPCI, ante lo cual nos podríamos encontrar con un obstáculo de índole procedimental previo a la suscripción de un contrato de gestión delegada.

Otro aspecto importante a analizar es la posibilidad de delegación y qué se puede delegar. Para ello veíamos, según el artículo 316 que se podían delegar tanto sectores estratégicos como servicios públicos. Respecto a los sectores estratégicos el artículo 313 ibídem indica: Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

Respecto a los servicios públicos, evocamos el artículo 314 constitucional que indica: El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

Como podemos ver, tanto el artículo 313 como el 314 no dan una definición certera o limitación de servicios o sectores estratégicos ya que los elementos mencionados allí son ejemplificativos y deja abierta la puerta a que la ley defina otros sectores o servicios. Sin embargo, el Ab. Guillermo Ochoa, citando a Miguel Marienoff, define al servicio público como toda actividad de la Administración Pública o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general, cuya índole de gravitación en el supuesto de actividades de los particulares o administrados requieran el control de la actividad estatal (Ochoa , 2012, 22).

Por otro lado, parafraseando la citada sentencia interpretativa podemos hacer una aproximación a los sectores estratégicos a aquellos que debido a la importancia que tienen en la vida económica del Estado estos sectores, la Constitución ha conferido la potestad de administrar, gestionar, controlar y regular.

Adicionalmente, a citada sentencia interpretativa hace distinción entre las facultades que ostenta el Estado respecto a estos dos tipos de recursos reservados, así pues, el Estado constitucionalmente tendrá siempre las facultades de administrar, regular, controlar y gestionar, siendo esta última la única delegable al tenor del artículo 316; entonces lo delegable es la facultad estatal de gestión mas no la de control o regulación misma que quedará siempre reservada para el Estado.

Nuestra Ley de Modernización en su artículo 41, no define a la delegación pero sí la delimita cuando indica que: “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. (...) § 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.” [lo subrayado me pertenece]

Así, esta ley reconoce la capacidad de asociativa del Estado para con empresas mixtas o privadas. Por otro lado, esta delegación puede ser de dos clases: total o parcial. Siendo, según lo expresado anteriormente por la doctrina, la delegación total una privatización

plena, mientras que las delegaciones parciales serían los ámbitos objeto de estudio por las APP.

Ahora bien, para la desmonopolización o la privatización los mecanismos serán:

“a) Por licitación pública nacional o internacional para la presentación de ofertas;

b) Por oferta de la Bolsa de Valores de una parte o la totalidad de las acciones de propiedad de la entidad u organismo que se oferte;

c) Por suscripción pública de acciones o subasta pública; y,

ch) Por cualquier otro mecanismo jurídico siempre que se encuentre amparado y reconocido por la Ley ecuatoriana.”

Mientras que para la delegación total o parcial, el mecanismo será siempre público y “contarán con una adecuada promoción en los medios nacionales de comunicación y el conocimiento por parte de los posibles interesados de las especificaciones, modalidades, condiciones y características de la delegación, a fin de permitir la participación y competencia de todos los interesados.”

De lo expuesto vemos que la delegación tiene un carácter mucho más abierto y la Ley de Modernización no establece un marco que limite las formas de delegación. Lo que sí queda claro es que puede ser por asociación con el sector privado, objeto del presente trabajo.

Por otro lado, dentro de la naturaleza de las APP hay que también analizar la capacidad asociativa del Estado, esta queda desarrollada con el pronunciamiento de carácter vinculante, emitido por el Procurador General del Estado que publicado en el Registro Oficial No. 828 del 26 de noviembre del 2012 determinó: “Toda vez que los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas reconocen la capacidad asociativa de estas entidades de derecho público, se concluye que procede que la Empresa Pública Municipal consultante, seleccione a un socio privado previo concurso público para la conformación de una asociación para ejecutar un proyecto. Adicionalmente, con relación a la selección del socio y los acuerdos de asociación de las empresas públicas, no son aplicables los procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya que conforme al inciso tercero del artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, lo acuerdos asociativos e inversiones deberán ser

aprobados mediante resolución de Directorio en función de justificativos técnicos, económicos y empresariales, presentados mediante informe motivado y no requerirán de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio para perfeccionar la asociación o inversiones respectivamente.

Agrega el pronunciamiento que “Le corresponde al Directorio determinar los requisitos y procedimientos para la selección de socios privados. De igual manera es responsabilidad del Directorio precautelar la legalidad y transparencia del proceso, así como las condiciones de participación de la empresa pública. La conveniencia de constituir una asociación, alianza estratégica o una sociedad de economía mixta y, en general de escoger una forma asociativa, así como de establecer los requisitos y procedimientos para seleccionar un socio privado, son de competencia del Directorio de la Empresa Pública”.

Con lo expuesto queda claro que la capacidad asociativa no sólo alcanza al Estado Central sino también a los Gobiernos Autónomos y a las Empresas Públicas que cualquiera de estos constituya; y, como vimos en líneas anteriores, una de las finalidades de las mencionadas empresas es la de gestionar los servicios públicos. En conclusión, toda figura legal que tenga la finalidad de ofrecer servicios públicos puede asociarse. Esta asociación incluye que el Estado pierda capacidad de gestión (que debió ser previamente deficiente) para que el privado también lo pueda hacer, sin embargo la gestión no implica la rectoría del servicio mismo que debe ser controlado por el Estado y es la parte de la asociación en la cual el dador de servicios que es un privado debe de someterse o adherirse.

La forma de instrumentalizar la asociación y sus términos es mediante los contratos de gestión delegada en los cuales se debe poner como cláusula inherente a todo contrato los antecedentes de selección y la determinación que el gestor-inversor asociado es quien resultó el más idóneo para proveer no sólo en costos los servicios públicos sino también la calidad del mismo por lo tanto se debería observar un criterio similar al de mejor costo en obras, o bienes o servicios no normalizados que detalla el artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. De igual forma es natural a estos contratos, como se expuso brevemente en el capítulo I que en toda situación contratada con el sector público el proveedor o en este caso el gestor – inversor seleccionado debe correr con todos los riesgos sobrevinientes de la gestión delegada o

asociada por cuanto la prestación de servicios es una provisión de medios más que la consecución de resultados. El único resultado medible dentro de la provisión es la calidad en prestación del servicio. Recordemos que los contratos son fuentes de obligaciones y por lo tanto también generan responsabilidades.

Ahora bien, si hablamos de delegación del Estado debemos dejar claro que el hecho que la gestión de un servicio se delegue a un particular no implica eximirlo de responsabilidad. Así el artículo 11 numeral 9 segundo inciso de la Constitución indica que: El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

Al respecto cabe distinguir las dos clases de responsabilidad: contractual y extracontractual. Como sus nombres mismo lo indican cada una se desgaja de la existencia o no de un contrato, es decir, de la convención de dos partes.

En los contratos de gestión delegada encontraremos entonces que hay un tipo de responsabilidad entre el Estado y el gestor privado. Vianna Maino resume esta responsabilidad indicando que la responsabilidad contractual del Estado determina que éste incurre en incumplimientos cuando ejerce incorrectamente sus atribuciones de intervención en la actividad del privado, realiza acciones que generan la ruptura del equilibrio económico del contrato, o transgrede acuerdos contractuales entre los que se consideran los retrasos en sus obligaciones de pagar, dar, o hacer, y en el caso extremos, la omisión total de sus compromisos (Maino, 2011). Estos conceptos no son más que el reflejo práctico de la responsabilidad administrativa y su principio de reciprocidad.

Por otra parte y para no dejar el tema en el aire, la responsabilidad extracontractual como lo expone Guillermo Ochoa en su citando a Agustín Gordillo, es aquella responsabilidad que surge no de la violación de una obligación contractualmente contraída, la que corresponde estudiar al referirse a los contratos administrativos, sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado. Esa responsabilidad extracontractual puede originarse en un acto, hecho u omisión del concesionario o licenciatarario; en el caso del

Estado, sea del órgano administrativo, legislativo o judicial, en tanto ejerza función administrativa. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez consideran que el principio de legalidad y de responsabilidad del Estado constituyen el soporte estructural del derecho administrativo; es decir, son las bases por sobre las cuales esta rama del derecho ha evolucionado hasta nuestros días (Ochoa , 2012, 41).

Como se ha dejado claro las APP, si es verdad, responde a todo un modelo de gestión que toma importancia por la evaluación económica de cada proyecto, los compromisos y riesgos quedarán instrumentalizados en un contrato. Ahora bien, la primera pregunta es ¿bajo qué normas se rige este contrato? Para dirimir la naturaleza contractual y el régimen jurídico aplicable Vianna Maino citando a Alberto Ruiz-Eldredge indica que el Derecho Administrativo es el sistema jurídico de principios, normas y categorías de derecho público que estudia, promueve y regula la actividad de la administración pública, los servicios públicos, la función y potestades de los órganos y personas que la ejercen, en las relaciones con los administrados, interadministrativas e interorgánicas; y las de derecho administrativo internacional; así como a las garantías internas y las de una alta jurisdicción que asegure la justicia administrativa (Maino, 2011, 13).

Es decir, que toda vez que los contratos de gestión delegada llevan por objeto la delegación de la provisión de servicios públicos que -como ya vimos- son competencia exclusiva del Estado, nos deberíamos amparar a las normas de Derecho Administrativo. Aquello sumado a que según Claudia Esteban en su artículo de “La Teoría de los Contratos Administrativos” citando a Marienhoff quien define al contrato administrativo como el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas (Esteban, 2011, 9-12).

Así también, acota Alfredo Gustavo Puig en su obra Derecho Administrativo para Ciencias Económicas, al afirmar que los contratos del Estado, contratos de la Administración o contratos administrativos, cualquiera sea su denominación, están regidos predominantemente por el derecho público y tienen un régimen jurídico único que los distingue de los contratos del derecho privado, aunque puedan encontrarse coincidencias entre ellos. Así, están más próximos al derecho civil los contratos de cesión, permuta, donación, locación, compraventa, mandato, depósito, fianza, mutuo

hipotecario, transporte, contratos aleatorios; por el contrario, están más cerca del derecho administrativo los contratos de empréstito público, concesión de servicios públicos, concesión de obras públicas, obra pública y suministro, entre los más destacados (Puig, 2003, 147).

Ahora bien, como manifestó en conferencia dada en el auditorio de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, el especialista líder en Gestión Fiscal y Municipal del Banco Interamericano de Desarrollo, Juan Luis Gómez, las APPs permiten la participación del sector privado en la provisión de infraestructura pública trasladando la carga de los riesgos a dicho sector. Así podríamos encontrar modelos de gestión con mayor riesgo para el sector público como diseño y construcción tradicional, contratos por servicios de gestión, compañías mixtas, préstamos del sector público, proyectos con pagos de disponibilidad; hasta llegar a la APP donde el sector privado asumirá más riesgos.

Adicionalmente, sintetiza como ventajas el apalancamiento de recursos financieros en el sector privado, eficiencia e innovación por medio de la metodología del valor por dinero, mejor distribución del riesgo entre el ente público y privado, incentiva la visión del ciclo de vida de los servicios públicos, mejoran la sostenibilidad y el mantenimiento de los activos.

Entre los aspectos característicos de un contrato de APP, según Julio González García en su artículo Contrato de Colaboración Público Privada, debemos considerar siempre: 1.- Son contratos complejos, 2.- debe existir un reparto de riesgos, 3.- posible ausencia de financiación presupuestaria, 4.- los pagos se producen por utilización de la infraestructura o por explotación del servicio, 5.- complejo valor añadido del dinero público (Gonzalez , 2006 p.7-39).

La complejidad de los contratos públicos privados viene dada por dos fuentes: los sujetos que interactúan y las prestaciones estatuidas. Los sujetos suscriptores son la Administración y el gestor privado, donde la administración pública opera relativamente al mismo nivel del gestor privado y no con un posición de superioridad como en un contrato administrativo tradicional, esto porque desde el inicio de las negociaciones para el establecimiento del proyecto existe involucramiento de las dos partes generando hasta cierto punto una mayor ventaja para el gestor privado ya que al participar en toda la vida

del proyecto desde su elaboración, podría planificar mejor la recuperación de la inversión y evitar la modificación contractual durante la ejecución del proyecto para ampliar servicios eventuales que se requieran, situación que es muy típica en las contrataciones de obras de modo tradicional. De igual forma dentro del sujeto privado puede participar un delegado como varios y a su vez pueden ser delegados o gestores con igual participación o uno principal y otros secundarios siempre y cuando se permita la subcontratación.

El reparto de riesgos es una condición importante de las APP. Los riesgos van repartidos entre los sujetos. Los tres tipos básicos de riesgo son construcción, demanda y disponibilidad de servicio; sin embargo, al hablar de APP es necesario presupuestar todos los riesgos presentes o eventuales que puedan existir, así podemos encontrar riesgos de diseño, construcción, explotación, mantenimiento, propiedad del bien, financieros, desarrollo y adaptación de nuevas tecnologías, etc.

Nuestro tercer aspecto hace referencia a la posible ausencia de financiación presupuestaria. Este factor no es imprescindible, pero puede tener cabida en la mayoría de contratos de colaboración público privada. Aquí cabe la distinción entre proyectos tarifables y no tarifables. Los proyectos tarifables son aquellos durante su etapa de operación generan recursos a base de cobro de cuotas a los usuarios; estos a su vez pueden ser autofinanciables o no autofinanciables. Los autofinanciables son aquellos donde el cobro de la tarifa abastece el retorno de la inversión; mientras que los no autofinanciables son aquellos donde a pesar del cobro de tarifas a los usuarios no alcanza a recuperarse la inversión del privado ante lo cual debe también existir un sufragio económico por parte del público. Finalmente, los proyectos no tarifables son aquellos donde el público asume los costos toda vez que es imposible el cobro de cuotas a los privados porque existe un impedimento normativo o de política pública que impida el cobro de valores. La generalidad de las APP será encontrar proyectos tarifables autofinanciables.

La cuarta característica es que los pagos que se realizan en función de este proyecto no se producen por la mera construcción de una infraestructura (como sería en un contrato tradicional) sino que se paga por la puesta en marcha de un servicio público, su operatividad y provisionamiento. Así este elemento va a acarrear como consecuencia la calidad de servicios, es decir, a mejor calidad de servicio mayor posibilidad de cobro de

tasas altas puede existir. Como vemos esta característica se convierte en un verdadero factor de riesgo a cargo del contratista ya que de él depende, exclusivamente, que se cobre una mayor o menor tarifa; así tendremos como valor agregado que siempre se busquen niveles altos de tecnificación del servicio y no un estándar lineal como puede ser en el caso que el público sea el único encargado de su prestación.

Finalmente, la quinta característica es el valor por dinero. En los proyectos de APP concurren recursos públicos como privados. Es bien sabido que la diferencia entre el presupuesto público y el privado se centra en que el primer debe tener como premisa el gasto público a tipo de ganancia, mientras que para el sector privado se debe preservar el ahorro como antesala de la inversión y posterior obtención de nuevas y mejores utilidades. Como vimos en la cuarta característica el hecho que el gestor privado pueda cobrar mayores y mejores réditos económicos dependerá de un mejor servicio medido por su calidad, eficiencia y tecnificación, mientras que el dinero que pone el público también tendrá una variable de eficiencia en la medida que conforme mejor distribuya su gasto tendrá una mejor administración, dicho de otras formas mientras más servicios pueda proveer con la misma cantidad de dinero, la administración será más eficiente. Este elemento del valor por dinero, junto a la distribución de riesgos, forman los pilares básicos para saber si nos encontramos frente a una APP.

La doctrina en general asevera que desde el punto de vista contractual podemos encontrar varios contratos de participación público privada atendiendo a las funciones distribuidas entre el público o privado, mismas que delimitarán el tipo APP, sin embargo la doctrina no es uniforme en esta clasificación por lo tanto, en este punto se citarán a los autores ya citados Jorge Enrique Romero Pérez (Romero, 2015), Juan Luis Gómez; y, por primera vez Cristian Pliscoff y Juan Pablo Araya con su artículo Las Alianzas Público-Privadas como gatilladoras de innovación en las organizaciones públicas: Reflexiones a partir de la situación chilena (Pliscoff & Araya, 2012), quienes detallan esta clasificación a continuación empezando por las clasificaciones que más vinculación tienen del sector público y terminando con las que más vinculan al sector privado:

- Operar y Mantener (OyM).- Es la modalidad donde ya existe con anterioridad un activo del sector público, donde este ya lo planificó, diseñó, construyó y financió; y el sector privado simplemente asume la administración de dicho bien

o servicio en su mantenimiento y operación a cambio de un pago. La propiedad de la infraestructura se queda en el sector público.

- Construir y Transferir (BT -inglés-). - El gestor privado financia y construye el bien público para posterior transferencia al Estado por un precio previamente acordado. Aquí el Estado reduce riesgos de incumplimiento ya que recibe una cosa cierta.
- Construir, Operar y Transferir (BOT -inglés-). - Aquí el privado es quien financia la obra, construye y opera la obra similar a una concesión. Al final la obra se la transfiere al Estado. El diseño ya corrió por cuenta de la administración pública y carga. Luego del periodo de operación la propiedad plena vuelva a constituirse en la administración pública y es ella quien decide delegarla nuevamente o explotarla por su cuenta y riesgo.
- Construir, Operar, Transferir con financiación privada (BOOT -inglés-). – Muy similar a lo que se desarrollará en el DCFO, el privado asumirá la mayoría de riesgos al financiar, construir, operar, mantener la obra para al final del plazo contractual transferir la propiedad al Estado. La diferencia con el BOT es que en este la propiedad siempre es del Estado mientras que en el BOOT todo el proyecto va por cuenta y riesgo del gestor privado, pero por un plazo determinado, recordemos que el titular del servicio que se presta en esa obra es el Estado, por lo tanto, al finalizar el plazo contractual, el operador transfiere todo.
- Construir, Adquirir y Operar (BOO).- Este tipo es muy similar al BOOT con la particularidad que dado la naturaleza de los recursos explotados, la gestión del mismo tiene un ciclo de vida corto por lo tanto no conviene al Estado su adquisición por lo tanto la propiedad únicamente quedó en el privado.

Tanto el BOO como el BOOT son modelos en los cuales la propiedad de la obra se ha constituido en el privado. Estos modelos son poco comunes y su análisis corresponde a un estudio mucho más profundo dado que versan sobre infraestructura que se pone al servicio del público.

- Rehabilitar, Operar y Transferir (ROT).- Existe una transferencia temporal de un activo del público hacia el privado para que éste lo rehabilite atendiendo al rediseño propuesto por el público y luego el privado lo administre en su operación recibiendo un pago hasta cierto monto donde nuevamente transferirá el bien al público. Toda esta planificación y las especificaciones del rediseño corren por cuenta del público.
- Diseñar, Construir, Operar y Mantener (DCOP).- En esta modalidad el privado asume mayores responsabilidades ya que el público aparece en el principio estableciendo la planificación y requerimientos de la infraestructura para luego sea el privado quien diseña y construye, luego de ello opera y da mantenimiento a la infraestructura, dentro de este mantenimiento. También monitorea y regula la ejecución. Aquí los financiamientos de los gastos de operación son asumidos por el privado
- Diseñar, Construir y Operar (DCO).- Al igual que el DCOP, el Estado empieza con la planificación del proyecto y estableciendo requisitos óptimos para la prestación del servicio, monitorea y regula la ejecución del proyecto, mantiene los servicios de gestión financiera. Por su parte el privado, diseña, construye, opera y mantiene un activo mediante el pago recibido.
- Diseñar, Construir Financiar y Operar (DCFO).- Aquí al público se le agrega la responsabilidad de dar un pago por la disponibilidad o uso del activo a través de un pago unitario; mientras que el privado se le agrega por su cuenta y riesgo el financiamiento, situación que hace que el Estado del pago unitario por concepto de inversión de capital y gastos operacionales. Una particularidad propia es que el privado financia la inversión inicial, este financiamiento es una mezcla de capital propio y deuda del proyecto, el pago de esta deuda se da por los ingresos del proyecto en su etapa de operación por pagos periódicos que provienen del público, estos pagos van directamente ligados con la cantidad y calidad de los servicios prestados en atención a parámetros ya convenidos desde la planeación del proyecto. El retorno de la obra ocurre una vez finalizado el plazo del contrato.

Definición de Términos

Contrato.- Acto por el cual una persona se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Delegación.- Significa el traslado del ejercicio de una atribución cuya titularidad conserva el que la tiene legalmente atribuida.

Estado.- Es una comunidad organizada en un territorio definido, mediante un orden jurídico servido por un cuerpo de funcionarios y definido y garantizado por un poder jurídico, autónomo y centralizado que tiende a realizar el bien común, en el ámbito de esa comunidad.

Inversión.- En un sentido estricto, es el gasto dedicado a la adquisición de bienes que no son de consumo final, bienes de capital que sirven para producir otros bienes. En un sentido algo más amplio la inversión es el flujo de dinero que se encamina a la creación o mantenimiento de bienes de capital y a la realización de proyectos que se presumen lucrativos.

Privatización.- Proceso opuesto a la estatización que consiste en traspasar a manos privadas empresas u organismos del Estado. La privatización es un fenómeno de los últimos años, iniciado a comienzos de los ochenta en el Reino Unido, pues hasta hace poco prevalecía en casi todo el mundo un pensamiento económico que abogaba por una fuerte presencia estatal.

Sector Privado.- Parte del sistema económico integrado por empresas y consumidores distintos al Estado y sus dependencias. El sector privado constituye el eje y la parte más dinámica de toda economía, basándose normalmente en las transacciones de mercado.

Sector Público.- Conjunto de actividades económicas que están bajo el control del Estado. El sector público comprende el gobierno en sí, con su estructura centralizada de poder, los gobiernos locales, y las empresas públicas que proveen bienes y servicios.

METODOLOGÍA

Modalidad

Modalidad Cualitativa

Categoría no interactiva

Diseño: Análisis de conceptos y análisis histórico. Se analizarán los conceptos legales de la nueva ley para levantar cargas económicas al Estado.

Modalidad Cuantitativa

Categoría no experimental

Diseño: Comparativo. Se traerán ciertos artículos de legislación chilena y colombiana que aporten a mayor seguridad jurídica para el diseño de los contratos de gestión delegada

Población y Muestra

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	POBLACIÓN	MUESTRA
Constitución de la República del Ecuador Art. 284 Art. 285 Art. 301 Art. 308 Art. 310 Art. 314 Art. 316	444	7
Código Orgánico de la Producción Art. 100	236	1
Ley de Modernización Art. 41 Art. 42 Art. 43 Art. 46	66	4
Ley de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera Art. 1 Art. 2	30	16

<p>Art. 3</p> <p>Art. 8</p> <p>Art.9</p> <p>Art. 10</p> <p>Art. 11</p> <p>Art. 12</p> <p>Art. 13</p> <p>Art. 14</p> <p>Art. 16</p> <p>Art. 22</p> <p>Art. 23</p> <p>Art. 24</p> <p>Art. 25</p> <p>Art. 26</p>		
<p>Decreto supremo MOP n° 900 fija Texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP n° 164, de 1991 ley de Concesiones de obras públicas – Chile.</p> <p>Art. 21</p> <p>Art. 22</p> <p>Art. 23</p> <p>Art. 24</p> <p>Art. 25</p> <p>Art. 26</p> <p>Art. 27</p> <p>Art. 28</p> <p>Art. 29</p> <p>Art. 30</p>	10	99
<p>Ley 1508 de 2012 por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se Dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones - Colombia</p> <p>Art.22</p> <p>Art. 24</p>	12	39

Art. 26		
Art. 27		
Art. 28		
Art. 29		
Art. 30		
Art. 31		
Art. 32		
Art. 34		
Art. 35		
Art. 36		

Métodos de investigación

Métodos Teóricos

El análisis de normas jurídicas y doctrina desde su concepción legislativa.

Se utiliza el método deductivo para ir de las normas más generales, es decir, las normas constitucionales para determinar la intervención estatal en el sistema económico y las figuras que hay en legislación subsecuente para concluir en capacidad delegatoria del Estado

Se utiliza el método histórico lógico dado que el contrato de delegación es una figura legal que tiene su nacimiento en las diferentes situaciones económicas de los estados y los modelos históricos de gobierno.

Se utiliza el método dialéctico para determinar por antonomasia el alcance de la figura de contrato de delegación y las ventajas que ofrece al mercado y los inversores privados por sobre otras figuras de delegación.

Métodos Empíricos

Dado el tipo de investigación no se requiere este tipo de métodos

Métodos Matemáticos

Dado el tipo de investigación no se requiere este tipo de métodos

Procedimiento

Para el proceso investigativo primero se determinará el marco constitucional de la intervención estatal en el sistema económico y su marco referencial para intervenir en el mercado. También se determinará la titularidad de servicios públicos que el Estado presta.

Posteriormente se podrá determinar el monopolio estatal y la intervención de éste como si fuese un particular más en el mercado. También se podrá determinar la facultad asociativa de este, la capacidad de delegación y el marco legal para unirse por necesidad económica a operadores particulares del mercado para la provisión de servicios. De igual forma, se buscará la normativa y doctrina para determinar los límites y la estructura de los contratos de gestión delegada como instrumentos de las alianzas públicos – privadas.

Con una conclusión legal dentro de un método deductivo y una interpretación contextual, en contraposición con el aporte de artículos de la legislación chilena y colombiana para aumentar la certeza jurídica al momento de aplicar la figura de APP en nuestro país.

CAPÍTULO III
CONCLUSIONES

RESPUESTAS

Base de Datos

ESTUDIO DE ARTÍCULOS NORMATIVOS RELACIONADOS CON LA
CONFORMACIÓN DE ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS

Casos del Objeto de Estudio	Unidades de Análisis
<p>Normativa de la Constitución de la República del Ecuador respecto de las competencias y la posibilidad de su delegación</p>	<p>Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional. 3. Asegurar la soberanía alimentaria y energética. 4. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas. 5. Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural. 6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales. 7. Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.

8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.

9. Impulsar un consumo social y ambientalmente responsable.

Sección segunda

Política fiscal

Art. 285.- La política fiscal tendrá como objetivos específicos:

1. El financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos.
2. La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.
3. La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables.

Art. 301.- Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

Sección octava

Sistema financiero

Art. 308.- Las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financieras intermediarán de forma eficiente los recursos captados para fortalecer

	<p>la inversión productiva nacional, y el consumo social y ambientalmente responsable.</p> <p>El Estado fomentará el acceso a los servicios financieros y a la democratización del crédito. Se prohíben las prácticas colusorias, el anatocismo y la usura.</p> <p>La regulación y el control del sector financiero privado no trasladarán la responsabilidad de la solvencia bancaria ni supondrán garantía alguna del Estado. Las administradoras y administradores de las instituciones financieras y quienes controlen su capital serán responsables de su solvencia. Se prohíbe el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones financieras públicas o privadas.</p> <p>Art. 310.- El sector financiero público tendrá como finalidad la prestación sustentable, eficiente, accesible y equitativa de servicios financieros. El crédito que otorgue se orientará de manera preferente a incrementar la productividad y competitividad de los sectores productivos que permitan alcanzar los objetivos del Plan de Desarrollo y de los grupos menos favorecidos, a fin de impulsar su inclusión activa en la economía.</p> <p>Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.</p> <p>El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.</p> <p>Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores</p>
--	--

	<p>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.</p> <p>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.</p>
<p>Los artículos 284 y 285 de la Constitución se encuentran en el Título VI que trata todo lo referente al Régimen de Desarrollo, se establecen los lineamientos principales para ejercer de forma concreta una parte de la situación dogmática constitucional, el ejercicio de los derechos que logren un desarrollo encaminado al buen vivir. Encontramos el capítulo IV sobre la soberanía económica, desarrolla los objetivos de la política económica y fiscal.</p> <p>Dentro de dicho capítulo, ahora nos trasladamos a la sección quinta que habla sobre el régimen tributario. Esta sección nos deja entrever que la finalidad del tributo es que vayan dirigidos a financiar de forma directa el presupuesto general del estado. No obstante de aquello, el artículo 301 blinda esta finalidad fiscal instaurando el principio de legalidad tributaria.</p> <p>Los artículos 308 y 310 habla sobre el sector financiero como un servicio de orden público donde el Estado puede interferir directamente en él definiendo políticas que regulen su funcionamiento. Por otra, donde el Estado sí interviene directamente es como actor del sector a través de la banca pública. Así la misma constitución detalla que los servicios financieros públicos deben ir encaminados a la productividad de los diferentes niveles de la economía popular y solidaria.</p> <p>Los artículos 314 y 316 hablan sobre los sectores estratégicos como sectores que son reservados para la exclusividad del Estado. Para llegar a la provisión de los mismos debe existir un modelo de gestión tanto del sector como del recurso que satisface las necesidades del público. Dentro del modelo de gestión la Constitución no es cerrada e inclusive da la posibilidad de conceder la gestión de los recursos y de los servicios por medio de la delegación.</p>	

<p>Código Orgánico de la Producción</p>	<p>Art. 100.- Excepcionalidad.- En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.</p> <p>Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelará que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal.</p> <p>La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa.</p>
<p>El Código Orgánico de la Producción nos trae el artículo 100 que habla aisladamente de la excepcionalidad para la inversión en el sector. El Presidente de la República será el encargado de fundamentar, por causales de insuficiencia estatal, la delegación estatal que podrá ser por medio de los tipos de: asociación, concesión o de alianza, siendo el primero el modelo de gestión y tipo contractual objeto del presente estudio. Para ello, las formas y legalidades reglamentarias serán las que se desarrollan en la Ley de Incentivos para las asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera.</p>	
<p>Ley de Modernización</p>	<p>CAPÍTULO V</p> <p>DE LA DESMONOPOLIZACIÓN, DELEGACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS A LA INICIATIVA PRIVADA Y PRIVATIZACIÓN</p> <p>Art. 41.- DELEGACIÓN. - El Estado podrá delegar a empresas mixtas</p>

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.

Art. 42.- PROCEDIMIENTOS.- Los procesos de desmonopolización, privatización, y delegación previstos en esta ley se realizarán mediante los siguientes procedimientos:

- a) La reestructuración administrativa y reforma financiera de aquellas entidades e instituciones de derecho público que deban permanecer como parte del Estado, incluyendo la reforma de sus directorios, cambio de su adscripción, nombre y ejercicio de competencias; y,
- b) La delegación total o parcial, o la transferencia definitiva al sector privado, de la gestión que desarrollan.

Art. 43.- MODALIDADES. - Los procesos a que se refiere el artículo que antecede, se llevarán a cabo por medio de una o más de las siguientes modalidades:

- a) Aporte total o parcial al capital de sociedades por acciones;
- b) Arrendamiento mercantil "o negocios fiduciarios";
- c) Concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho

	<p>administrativo;</p> <p>ch) Venta;</p> <p>d) Transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas; y,</p> <p>e) Cualquier otra modalidad que mediante Decreto determine el Ejecutivo y que este amparada por la Ley ecuatoriana.</p> <p>Art. 46.- CONTRATOS. - Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. Las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración.</p> <p>"Todo contrato de delegación incluirá, necesariamente, una cláusula de arbitraje para la solución de controversias".</p>
<p>El artículo 41 de la Ley de Modernización nos abre la posibilidad de la intervención de los privados en la prestación de servicios públicos hacia el sector público. Como ya se dejó establecido hay un requisito de excepcionalidad dirimido por la Corte Constitucional.</p> <p>El artículo 42 y 43 propone los procesos modalidades por las cuales se debe llevar a cabo este ingreso del privado. Finalmente, el 46 -artículo que nos ocupa más atención- únicamente habla como requisitos de los contratos de delegación la obligatoriedad de la cláusula arbitral</p>	
<p>Ley de Incentivos para</p>	<p>Art. 1.- Objeto. Esta Ley tiene por objeto establecer incentivos para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada y los lineamientos e institucionalidad para su aplicación.</p>

<p>Asociaciones Público – Privadas y la Inversión Extranjera</p>	<p>Asimismo, esta Ley establece incentivos específicos para promover en general el financiamiento productivo, la inversión nacional y la inversión extranjera.</p> <p>Art. 2.- Ámbito. Esta Ley se aplica a las asociaciones público-privadas que tienen por objeto la provisión de bienes, obras o servicios por parte del Gobierno Central y los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Los proyectos públicos aprobados se beneficiarán de los incentivos propuestos en esta Ley, de conformidad con los acuerdos establecidos por las partes.</p> <p>Art. 3.- De los Principios y Lineamientos de los Proyectos Públicos Bajo la Modalidad de Asociación Público-Privada. La estructuración, ejecución y evaluación de proyectos públicos, bajo la modalidad de asociación público-privada se ajustarán a los siguientes principios y lineamientos:</p> <p>3.1. Sostenibilidad Fiscal. Se deberá considerar la capacidad de pago del Estado para adquirir compromisos financieros, firmes o contingentes, que se deriven 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.</p> <p>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.</p> <p>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,</p>
--	---

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.

Capítulo II

Proyectos Públicos de Asociación Público-Privada

Art. 8.- De la Asociación Público-Privada. 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.

Art. 9.- De la Entidad Delegante. Es la entidad pública a cargo de la

evaluación de los proyectos públicos, los aspectos precontractuales y contractuales, la adjudicación y suscripción de los contratos de gestión delegada, su administración y supervisión. A la autoridad delegante le corresponde requerir al Comité Interinstitucional la aprobación del proyecto público, aplicación de los incentivos y beneficios previstos en esta Ley para los proyectos públicos que promuevan.

Art. 10.- Del Gestor Privado. El sujeto de derecho privado responsable del desarrollo del proyecto público se denomina gestor privado, quien para efectos tributarios deberá contar con un registro único de contribuyentes específico para la ejecución del proyecto público.

Art. 11.- Del Proyecto Público de Asociaciones Público-Privadas. El proyecto público puede ser propuesto por el sujeto de derecho privado que tenga interés en constituirse en gestor privado. En tal caso, la entidad delegante no está obligada a acoger la iniciativa privada.

La delegación y viabilidad del proyecto público será evaluada técnica, económico-financiera y legalmente por la entidad delegante.

En caso de que el Comité Interinstitucional haya expedido guías generales o notas técnicas, la entidad delegante se ajustará a dichos instrumentos en las tareas de evaluación, elaboración del pliego y contrato de gestión delegada.

Art. 12.- De la Selección del Gestor Privado. La selección del gestor privado se efectuará mediante concurso público, convocado por la entidad delegante, previa aprobación del proyecto público por parte del Comité Interinstitucional. Para ello, la entidad delegante formulará el pliego de bases administrativas, técnicas y económico-financieras, los términos contractuales que regirán, en su caso, el procedimiento y la relación entre la entidad delegante y el gestor delegado. En cualquier caso, las bases administrativas para el concurso público se regirán por los principios de transparencia, igualdad, concurrencia y

	<p>publicidad.</p> <p>No será aplicable el régimen general de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino en aquellos aspectos a los que se remita expresamente el pliego del concurso público.</p> <p>Cuando la entidad delegante requiera para la ejecución del proyecto público emplear sistemas en los que se originen entidades de participación mixta, como fideicomisos o compañías mixtas, el contrato de gestión delegada establecerá los términos de coparticipación de la entidad delegante y del gestor privado.</p> <p>Art. 13.- Del Objeto de los Contratos de Gestión Delegada. Serán objeto de los contratos de gestión delegada, los proyectos públicos desarrollados en los sectores de interés general. Estos, para efectos de la aplicación de esta Ley, serán aquellos bienes, obras o servicios provistos por el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados, determinados en las leyes o por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, tales como infraestructura, desarrollo urbano, proyectos inmobiliarios y aquellos vinculados con vialidad e infraestructuras portuaria y aeroportuaria.</p> <p>Por excepción, el Comité Interinstitucional podrá, para la aplicación de esta Ley, priorizar y aprobar asociaciones público-privadas en materia de servicios públicos en el marco de las disposiciones constitucionales.</p> <p>Las leyes sectoriales establecen el régimen específico al que se sujeta la delegación o participación privada, a través de cualquier modalidad, para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios en los sectores estratégicos, por lo que, las disposiciones e incentivos tributarios previstos en esta Ley, no se aplicarán a esos casos, salvo los nuevos proyectos públicos relacionados con el sector hidroeléctrico y otras energías alternativas, siempre y cuando se configuren las reglas establecidas en el artículo 100 del Código Orgánico de Producción Comercio e Inversiones, y las leyes</p>
--	---

sectoriales.

Bajo la modalidad de asociación público-privada no se podrá delegar a la gestión privada las facultades de rectoría, regulación y control a cargo del Estado ni la gestión de servicios de interés general para los que se haya excluido constitucional o legalmente la participación privada.

Art. 14.- De los Tipos de Proyectos Públicos. El proyecto público podrá 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.

Capítulo III

Incentivos de la Asociación Público-Privada

Art. 16.- Del Otorgamiento de Incentivos. Los incentivos previstos en esta Ley se aplicarán únicamente a proyectos públicos ejecutados bajo la modalidad de asociación público-privada en los que se cumplan los siguientes requisitos:

16.1. Que consten, total o parcialmente, en el pliego de bases económicas del proceso de selección del gestor privado.

16.2. Que se hubiesen previsto total o parcialmente, en el plan económico-financiero adjudicado.

16.3. Que se suscriban en el contrato de gestión delegada a partir de la vigencia de esta Ley.

16.4. Que el proyecto público haya sido registrado en la Secretaría Técnica del Comité Interinstitucional.

16.5. Que consten en el contrato de gestión delegada para asociación público-privada y sean debidamente aprobados por el Comité Interinstitucional.

Únicamente se inscribirán en el registro a cargo de la Secretaría Técnica del Comité Interinstitucional, los proyectos públicos que se ajusten a las disposiciones previstas en este artículo y a las políticas y resoluciones de dicho Comité.

CAPITULO VII

Remisión de Intereses, Multas y Recargos de las Obligaciones Patronales en Mora con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

Art. 22.- Del Objeto y Ámbito de Aplicación.- Las disposiciones que se establecen en este Capítulo, rigen para la remisión de intereses, multas y recargos generados en obligaciones patronales en mora con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de conformidad con los parámetros establecidos en esta Ley.

No están sujetos a la remisión prevista en este Capítulo, las obligaciones en mora correspondientes a fondos de reserva, préstamos quirografarios, préstamos prendarios y préstamos hipotecarios.

Art. 23.- De la Remisión de Intereses, Multas y Recargos.- La remisión de intereses, multas y recargos corresponde a obligaciones patronales en mora, originadas en planillas o establecidas en actos de determinación, resoluciones administrativas, liquidaciones, registros, glosas y títulos de crédito emitidos por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, cuya administración y/o recaudación sea única y exclusiva del Instituto, siempre que se efectúe en forma previa la cancelación de la totalidad del valor correspondiente a las obligaciones patronales respectivas, de conformidad con lo dispuesto en los siguientes artículos.

Las personas naturales o jurídicas, para acogerse a la remisión establecida en el presente Capítulo, deberán obtener la determinación de valores pendientes de pago por obligaciones patronales, a través de la página web de la Institución con su correspondiente clave patronal o, a través de las ventanillas de la Institución, presentando la identificación respectiva.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social implementará el correspondiente sistema automatizado de pago para el efecto, en el cual la obligación patronal en mora a cancelarse incluirá la correspondiente remisión a la fecha en que se efectúe.

Art. 24.- De la Remisión de Intereses.- Los intereses generados en obligaciones patronales actuales en mora con el Instituto Ecuatoriano

	<p>de Seguridad Social, respecto de las cuales debía cancelarse un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, más 4 puntos, podrán cancelarse dentro del plazo de noventa (90) días contados a partir de la publicación de la presente Ley, en un porcentaje total correspondiente al 1% de dicho interés generado.</p> <p>Si la obligación patronal se cancela entre los días noventa y uno (91) y ciento cincuenta (150) posteriores a la publicación de esta Ley, se establece una remisión del valor total de los intereses generados equivalente al 50% de los mismos.</p> <p>Art. 25.- De la Remisión de Multas y Recargos.- Las multas y recargos generados por obligaciones patronales actuales en mora con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, dentro de los noventa (90) días contados a partir de la publicación de la presente Ley, podrán cancelarse con una remisión del 100%.</p> <p>Si la obligación patronal se cancela entre los días noventa y uno (91) y ciento cincuenta (150), posteriores a la publicación de esta Ley se establece una exoneración correspondiente al 50% de aquellas.</p> <p>Art. 26.- Aquellos deudores que mantengan convenios de pago, en el estado de ejecución en que se encuentren, respecto de obligaciones pendientes, podrán pagar el total pendiente de pago y beneficiarse en esta parte de la remisión, siempre y cuando lo hagan dentro de los plazos establecidos en los artículos 24 y 25 de la presente Ley y con las tasas de interés y porcentajes determinados en dichos artículos.</p>
<p>La nueva Ley de Incentivos para las Asociaciones Público – Privadas y la Inversión Extranjera en sus artículos 1 al 3 habla en primer lugar sobre el objeto que se ve limitado a los incentivos, los lineamientos y la institucionalidad. Los lineamientos deben de observar los principios que se deben pactar en los contratos de gestión de delegada y es que los proyectos como instrumentos de prenegociación contractual deben observar la sostenibilidad fiscal, distribución de riesgos, relación de sostenibilidad entre</p>	

precio y calidad, respeto a los derechos de los usuarios e inclusión social, es decir no segregar sectores o zonas de depresión o subdesarrollo local.

Del artículo 8 al 14 nos define directamente lo que son los proyectos de alianzas público privadas como un modelo de gestión que se perfecciona a través de la suscripción de contrato de gestión delegada como instrumento final luego de una serie de etapas institucionales donde se elaboraron pliegos como requisitos mínimos técnicos y otras particularidades que se deben observar obligatoriamente al momento de prestar el servicio público. También se determinan los sujetos intervinientes como lo son la entidad delegante y el gestor privado. Cabe aclarar que la entidad delegante, a mi criterio, debe ser el Estado a través de su función ejecutiva, toda vez que existe personería jurídica única y los ministerios sectoriales, al ser ya delegados del ejecutivo, no podrían delegar lo delegado. Por otro lado, el contrato de gestión delegada, conforme lo determina el artículo 13 de la Ley ibídem define que el objeto contractual debe ser de obligatoriamente el proyecto aprobado por el Comité interinstitucional de la materia. Dicho proyecto podrá estribar sobre los sectores de infraestructura, desarrollo urbano, proyectos inmobiliarios y aquellos vinculados con vialidad e infraestructuras portuaria y aeroportuaria.

Finalmente, otro de los objetos de esta Ley es que se incentive la inversión extranjera y nacional, para lo cual, desde los artículos 22 al 26 se habla en todo un capítulo sobre la remisión de intereses por mora, multas y recargos que pueda tener cualquier empleador para con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Estos incentivos sumados a otros de naturaleza tributaria constituyen, al amparo de la capacidad autodeterminativa del Estado, una ventaja atractiva para grandes capitales y una liquidez de la caja fiscal al poder aumentar su capacidad recaudatoria y consecuentemente mayor flujo de capitales en la economía ecuatoriana.

<p>Decreto supremo MOP n° 900 fija Texto refundido, coordinado y sistematizado</p>	<p>CAPITULO VI</p> <p>Derechos y obligaciones del concesionario</p> <p>Artículo 21°.- El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las</p>
--	--

<p>del DFL MOP n° 164, de 1991 ley de Concesiones de obras públicas – Chile</p>	<p>regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato.</p> <p>Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión.</p> <p>En cambio, en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros, la sociedad concesionaria se regirá por las normas del derecho privado y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, con las solas excepciones que regula expresamente esta ley y las que se estipulen en el contrato. Así, entre otras, el concesionario podrá preñar el contrato o dar en prenda los flujos e ingresos futuros de la concesión para garantizar obligaciones derivadas de dicha concesión, ceder o preñar libremente cualquier pago ofrecido por el Fisco que conste del contrato, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas.</p> <p>Desde el perfeccionamiento del contrato el concesionario podrá transferir la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria. El Ministerio de Obras Públicas autorizará dicha transferencia siempre que en ella se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso siguiente. De lo contrario deberá denegar la autorización por resolución fundada. Si transcurridos sesenta días contados desde la solicitud de autorización, el Ministerio no se hubiere pronunciado, se entenderá que la concede.</p> <p>La cesión voluntaria o forzosa de la concesión deberá ser total, comprendiendo todos los derechos y obligaciones de dicho contrato y sólo podrá hacerse a una persona natural o jurídica, o grupo de ellas, que cumpla con los requisitos para ser licitante, no esté sujeta a inhabilidades y dé cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 9° del</p>
---	--

presente cuerpo legal.

El Ministerio consentirá siempre las transferencias a favor del acreedor prendario, cuando éstas sean consecuencia de la ejecución de obligaciones garantizadas con la prenda que se establece en el Artículo 43° de esta ley, a favor de cualquier entidad financiera sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de la Superintendencia de Valores y Seguros, o de los Fondos de Inversión, regulados por la ley N° 18.815, o de las Administradoras de Fondos de Pensiones, establecidas de acuerdo con las normas del decreto ley N° 3500, de 1980, y, desde luego, en favor de cualquier otra persona natural o jurídica que cumpla los requisitos establecidos en las bases de licitación.

Artículo 22°.- El régimen jurídico de la concesión, durante la fase de construcción de la obra, será el siguiente:

1.- El concesionario gozará los derechos y obligaciones del beneficiario de la expropiación limitados a lo necesario para cumplir el contrato de concesión.

2.- Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa. El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores. No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroge el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de la licitación.

3.- Cuando el retraso en el cumplimiento de los plazos parciales o del total, fuere imputable al Fisco, el concesionario gozará de un aumento igual al período del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan.

4.- Tanto las aguas como las minas o materiales que aparecieren, como

consecuencia de la ejecución de las obras públicas, no se entenderán incluidos en la concesión, y su utilización por el concesionario se regirá por las normas correspondientes, y

5.- La construcción de la obra no podrá interrumpir el tránsito en caminos existentes. En el evento de que la interrupción sea imprescindible, el concesionario estará obligado a habilitar un adecuado tránsito provisorio.

Artículo 23°.-El régimen jurídico durante la fase de explotación, será el siguiente:

1.- El concesionario deberá conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización, y

2.- La continuidad de la prestación del servicio le obligará, especialmente, a:

a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación, y

b) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio. El valor de las obras será acordado entre los contratantes y, a falta de acuerdo, las partes podrán recurrir a un peritaje, que determinará, ajustándose a lo que indiquen las bases de licitación, la calificación, medidas o evaluación, según el caso. Las partes concurrirán al pago del precio según los términos del contrato de concesión.

Artículo 24°.- El concesionario deberá velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos sobre uso y conservación de las obras

concedidas.

CAPITULO VII

Duración, Suspensión y Extinción de la Concesión

Artículo 25°.- Las concesiones a que se refiere el presente decreto con fuerza de ley tendrán el plazo de duración que determine el decreto de adjudicación, sin que en ningún caso pueda ser superior a cincuenta años.

El plazo se computará de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación. En ningún caso su inicio podrá ser anterior a la fecha de publicación del decreto supremo de adjudicación en el Diario Oficial.

Una vez concluido el plazo de las concesiones, las obras deberán ser nuevamente entregadas en concesión por el Ministerio de Obras Públicas para su conservación, reparación, ampliación o explotación, aisladas, divididas o integradas conjuntamente con otras obras. La correspondiente licitación deberá efectuarse con la anticipación necesaria para que no exista solución de continuidad entre ambas concesiones.

En caso de que las obras concesionadas hayan quedado en desuso o que por razones técnicas resulte improcedente, inconveniente o perjudicial para el Estado de Chile concesionarlas nuevamente, el Presidente de la República podrá declararlo así, mediante decreto fundado, y eximir el cumplimiento de lo indicado en el inciso anterior.

Artículo 26°.- Quedará temporalmente suspendida la concesión:

- 1.- En el caso de guerra externa, conmoción interior o fuerza mayor que impidan la prestación del servicio;
- 2.- Cuando se produzca una destrucción parcial de las obras o de sus elementos, de modo que se haga inviable su utilización por un periodo

<p>de tiempo, y</p> <p>3.- Por cualquier otra causa que las bases de licitación establezcan.</p> <p>Artículo 27°.-La concesión se extinguirá por las siguientes causales:</p> <p>1.- Cumplimiento del plazo por el que se otorgó con sus modificaciones si procediere;</p> <p>2.- Mutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario. El Ministerio sólo podrá concurrir al acuerdo si los acreedores que tengan constituida a su favor la prenda establecida en el Artículo 43° consintieren en alzarla o aceptaren previamente, y por escrito, dicha extinción anticipada;</p> <p>3.- Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario; y</p> <p>4.- Las que se estipulen en las bases de licitación.</p> <p>Artículo 28°.-La declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión deberá ser solicitada, fundándose en alguna de las causales establecidas en el respectivo contrato de concesión o en las respectivas bases de licitación, por el Ministerio de Obras Públicas a la Comisión Conciliadora establecida en el Artículo 36 de esta ley. Ella resolverá la solicitud en calidad de Comisión Arbitral, conforme a lo preceptuado en el referido artículo.</p> <p>Declarado el incumplimiento grave del contrato por la Comisión Conciliadora, el Ministerio de Obras Públicas procederá a designar un interventor, que sólo tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión, siéndole aplicables las normas del Artículo 200°, números 1 al 5 de la Ley N° 18.175 sobre Quiebras. Este interventor responderá de culpa levísima.</p> <p>El Ministerio deberá proceder, además, a licitar públicamente y en el plazo de 180 días contados desde la declaración, el contrato de concesión por el plazo que le reste. Las bases de la licitación deberán</p>

establecer los requisitos que habrá de cumplir el nuevo concesionario los que, en ningún caso, podrán ser más gravosos que los impuestos al concesionario original.

Al asumir el nuevo concesionario, cesará en sus funciones el interventor que se haya designado en virtud de lo dispuesto en el inciso anterior.

En el primer llamado a licitación el mínimo de las posturas no podrá ser inferior a los dos tercios de la deuda contraída por el concesionario, ni inferior a la mitad en la segunda licitación. A falta de interesados se efectuará una tercera licitación, sin mínimo.

La declaración de incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario hará exigibles los créditos que se encuentren garantizados con la prenda establecida en el Artículo 43° de esta ley. Ellos se harán efectivos en el producto de la licitación con preferencia a cualquier otro crédito, siendo el remanente, si lo hubiere, de propiedad del primitivo concesionario.

En el evento de que durante la intervención la sociedad concesionaria hubiere contratado créditos con la aprobación de los acreedores indicados en el inciso anterior, y dichos créditos fueren exigibles, ellos se harán efectivos en el producto de la referida licitación con preferencia a los garantizados con la prenda especial de concesión de obra pública.

CAPITULO VIII

De la inspección y vigilancia de la Administración

Artículo 29°.- Corresponderá a la Dirección respectiva del Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario, de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción, como en la explotación de la obra. En caso de incumplimiento, podrá imponer al concesionario las sanciones y

	<p>multas que el reglamento y las bases de licitación establezcan, siempre que éstas sean inferiores a 500 unidades tributarias mensuales. Sin perjuicio de lo anterior, el concesionario podrá recurrir a los mecanismos a que se refiere el Artículo 36° de esta ley.</p> <p>Artículo 30°.- En conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, la Dirección correspondiente, previo pronunciamiento favorable de la Comisión Conciliadora a que se refiere el Artículo 36° estará facultada para:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Imponer al concesionario las multas que las bases administrativas establezcan, cuando éstas fueren iguales o superiores a 500 unidades tributarias mensuales; 2. Declarar suspendida temporalmente la concesión cuando concurra alguna de las causales establecidas en el Artículo 26° y 3. Solicitar la declaración de extinción de la concesión cuando concurra alguna de las causales establecidas en el Artículo 27°
<p>Se han extraído los artículos del 21 al 31 de la Ley de Concesiones de Chile toda vez que estos aportan consideraciones de índole jurídico a aplicar tanto en la elaboración del contrato como en la etapa de explotación del servicio.</p> <p>En primer lugar hay que dejar en claro que en Chile, las APP están dentro de las concesiones y que las fuentes de sus obligaciones parten tanto del contrato como de las bases fijadas en las negociaciones. Como parte institucional a la Dirección de MOP como la Comisión Conciliadora.</p> <p>Definen dos etapas como la construcción y explotación mismas que deben estar reguladas en el contrato. El contrato adicionalmente debe contener cláusulas de reajustes, contraprestaciones al fisco, y demás normas que regulen la relación económica de las partes.</p> <p>Para el contrato se debe observar que este tiene la posibilidad de ser prendable y subcontratable. En el contrato habrá que estipular también sobre el derecho de</p>	

expropiación que tiene el gestor privado, la no garantía del Estado del éxito de la explotación del servicio -es decir, el riesgo del gestor-, las compensaciones de plazos donde hay una norma clara y es que si existe un retardo por parte de la administración, se debe compensar con igual tiempo al gestor; y, en el caso que la obra comprometa una vía, se debe preferir y garantizar el paso de los usuarios por dicha vía.

La carga u obligación en la fase de explotación y que debe estar considerada en el contrato es que el contratista tiene la obligación correlativa de preservación y la carga de cumplir con el derecho de comunidad para facilitarle el servicio y prestarlo ininterrumpidamente.

El plazo máximo es de 50 contados mínimo a partir de la adjudicación; y la suspensión puede ser por causales de guerra, destrucción de la obra o lo que diga la licitación. Por su parte para la extinción se la podrá llevar a cabo por el plazo, por el acuerdo de las partes (donde deberá observarse el derecho prendario de terceros acreedores) y por terminación unilateral. Para esta terminación la justificación debe ser un incumplimiento de obligaciones pero observando que la culpa de debe ser grave.

<p>Ley 1508 de 2012 por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se Dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones - Colombia</p>	<p>TÍTULO IV</p> <p>DISPOSICIONES COMUNES DE LOS PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA.</p> <p>ARTÍCULO 22. CLÁUSULAS PROPIAS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Los contratos para el desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada incluirán las cláusulas excepcionales, propias de la contratación pública tales como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley.</p> <p>ARTÍCULO 24. PATRIMONIO AUTÓNOMO. Los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del</p>
---	---

patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato. Los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto.

PARÁGRAFO.

Constituido el patrimonio autónomo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, la fiduciaria deberá reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero “UIAF” el nombre del fideicomitente, del beneficiario, el valor de los recursos administrados a través del patrimonio autónomo constituido por el contratista y la demás información que esta Unidad requiera.

ARTÍCULO 26. VIGENCIAS FUTURAS DE LA NACIÓN Y LAS ENTIDADES ESTATALES DEL ORDEN NACIONAL PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA. Para los contratos a que se refiere la presente ley, el CONFIS, previo concepto favorable del Ministerio del ramo, del Departamento Nacional de Planeación y del registro en el Banco de Proyectos de Inversión Nacional, BPIN, podrá autorizar la asunción de compromisos de vigencias futuras, hasta por el tiempo de duración del proyecto. Cada año, al momento de aprobarse la meta de superávit primario para el sector público no financiero consistente con el programa macroeconómico, el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, previo concepto del Consejo de Política Fiscal CONFIS, definirá el límite anual de autorizaciones para comprometer estas vigencias futuras para Proyectos de Asociación Público Privada.

El CONFIS definirá un escenario de consistencia fiscal acorde con la naturaleza de cada proyecto y realizará la evaluación del aporte presupuestal y disposición de recursos públicos.

Previamente se deberá contar con la no objeción del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre las condiciones financieras y las cláusulas contractuales que rigen las mismas, propuestas por la entidad

estatal competente.

El aval fiscal que emita al CONFIS para la ejecución de un proyecto de Asociación Público Privada en el que el contrato no esté debidamente perfeccionado, no podrá ser objeto de reconsideración del CONFIS cuando se exceda el 10% del valor inicialmente aprobado.

Las vigencias futuras para amparar proyectos de Asociación Público Privada de la Nación no son operaciones de crédito público, se presupuestarán como gastos de inversión.

Los recursos que se generen por la explotación de la infraestructura o la prestación de los servicios públicos en desarrollo de Proyectos de Asociación Público Privada, no se contabilizarán en el Presupuesto General de la Nación, durante la ejecución del contrato.

ARTÍCULO 27. REQUISITOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA QUE REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS EN ENTIDADES TERRITORIALES. En las entidades territoriales el desarrollo de este tipo de proyectos se regirá, además, por las siguientes reglas:

1. Para la suscripción de los contratos a que se refiere la presente ley, la entidad territorial deberá acreditar el cumplimiento de los límites de gasto y deuda establecidos en la Ley 358 de 1997, 617 de 2000 y 819 de 2003 y, los requisitos definidos en la Ley 448 de 1998 sobre aprobación de riesgos y pasivos contingentes. En aquellos casos en que los contratos sean cofinanciados por la Nación se requerirá, además, el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

2. Para todos los efectos, los ingresos futuros comprometidos en este tipo de contratos afectarán la capacidad de pago definida en la Ley 358 de 1997 y las normas que la modifiquen y complementen.

3. La entidad territorial deberá identificar la fuente de financiación del

contrato de tal manera que los ingresos corrientes comprometidos en la financiación del mismo serán descontados de los ingresos corrientes empleados para calcular los indicadores de capacidad de pago, establecidos en la Ley 358 de 1997. Los recursos de crédito que puedan ser necesarios para financiar las vigencias futuras comprometidas se sumaran al saldo de la deuda que determinen los indicadores de capacidad de pago, fijados en la Ley 358 de 1997.

4. Cuando el proyecto se financie con cargo a ingresos corrientes de libre destinación, los mismos, no podrán ser considerados como de libre disposición en los términos de la Ley 617 de 2000.

5. Solo se podrán desarrollar proyectos de asociación público privada consistentes con los objetivos de los planes de desarrollo territorial.

6. No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno.

7. Las vigencias futuras que se expidan deberán cumplir las normas vigentes que regulan la materia y los parámetros previstos en el presente artículo.

PARÁGRAFO 1o.

Los contratos que se celebren en virtud de la presente ley deberán registrarse ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y reportarse en el Formulario Único Territorial, FUT, y en el Registro Único de Asociación Público Privada, RUAPP.

PARÁGRAFO 2°. Para la presentación de estos proyectos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se deberá contar con la validación financiera de alguna de las entidades financieras públicas de segundo piso o estructuradoras públicas.

ARTÍCULO 28. PRESUPUESTACIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. Las Empresas Sociales del Estado que en desarrollo de la presente ley celebren contratos bajo esquemas de

Asociaciones Público Privadas, elaborarán sus presupuestos anuales con base en el recaudo efectivo realizado en el año inmediatamente anterior al que se elabora el presupuesto actualizado de acuerdo con la inflación esperada de ese año y hasta el 20% de la cartera pendiente por recaudar de vigencias anteriores. Las demás Empresas Sociales del Estado elaborarán sus presupuestos anuales con base en el recaudo efectivo realizado en el año inmediatamente anterior al que se elabora el presupuesto actualizado de acuerdo con la inflación esperada de ese año. Lo anterior, sin perjuicio, en ambos casos, de los ajustes que procedan al presupuesto de acuerdo con el recaudo real evidenciado en la vigencia en que se ejecuta el presupuesto.

ARTÍCULO 29. TASA POR ADICIÓN O PRÓRROGA. El ejecutor del proyecto una vez perfeccionado y celebrado el contrato que materialice el esquema de Asociación Público Privado, al momento de realizar una solicitud de adición o prórroga del contrato deberá pagar una tasa correspondiente al diez (10) por ciento del valor solicitado si es una adición al contrato o el uno (1) por ciento del valor inicialmente pactado cuando se trata de una prórroga del mismo, a título de contraprestación por los estudios que debe adelantar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para dar trámite a la solicitud. En caso que la solicitud corresponda a un proyecto que previamente haya sido sometido a consideración del Consejo Nacional de política Económica y Social -CONPES, la tasa correspondiente se reducirá al (2%) dos por ciento del valor solicitado, si es una adición al contrato.

ARTÍCULO 30. ASUNCIÓN DEL CONTRATO. En caso de incumplimiento del contratista, los financiadores podrán continuar con la ejecución del contrato hasta su terminación directamente o a través de terceros.

ARTÍCULO 31. ENTREGA DE BIENES. En los contratos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada se deberán especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del

proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán.

ARTÍCULO 32. ACUERDO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA. En los contratos que desarrollen Proyectos de Asociación Público Privada, se incluirá una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.

ARTÍCULO 34. CONTRATOS VIGENTES. Por lo menos dos (2) años antes de la finalización de los contratos de concesión vigentes a la expedición de la presente ley o de los contratos de Asociación Público Privada que se celebren, la entidad pública contratante preparará el estudio que le permita tomar la decisión de iniciar el proceso licitatorio para la celebración de un nuevo contrato o de dejar que el proyecto revierta a la Nación.

En los contratos de plazo variable el interventor o supervisor estimará la fecha tentativa de finalización e informará a la entidad estatal cuándo se puede prever que el contrato terminará dos (2) años antes.

ARTÍCULO 35. SUBCOMISIÓN DE SEGUIMIENTO. Créase una subcomisión integrada por un (1) Senador y un (1) Representante de las Comisiones Cuartas y un (1) Senador y un (1) Representante de las Comisiones Sextas del Congreso de la República, con la finalidad de hacer seguimiento a la reglamentación del presente proyecto de ley. El Director de Planeación Nacional convocará cada tres (3) meses a dicha Comisión. Dentro del informe anual rendido por el Departamento Nacional de Planeación al Congreso de la República se incorporará un acápite específico sobre el avance en la aplicación de la presente ley.

ARTÍCULO 36. NORMAS ORGÁNICAS. Son normas orgánicas de presupuesto las incluidas en los artículos 27, 28 y 29.

ARTÍCULO 37. ADMINISTRACIÓN DE PROYECTOS. Las

	<p>entidades públicas y los privados que realicen asociaciones público privadas de las que trata la presente ley podrán administrar los proyectos de asociación público privada a través de los Institutos de Fomento y Desarrollo Regional “INFIS”.</p> <p>ARTÍCULO 38. Los gobiernos territoriales elaborarán y mantendrán debidamente actualizados inventarios técnicos de obras de interés público para desarrollar en el corto, mediano y largo plazo. Los particulares podrán invertir a riesgo propio, en estudios y diseños sobre las obras de estos inventarios en los términos de la presente ley.</p>
<p>En los artículos seleccionados de la Ley de régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se indica expresamente que las cláusulas integrantes de los contratos son las excepcionales propias de la negociación y el tipo de proyecto de APP sumadas a las propias de la contratación pública como al caducidad, la terminación unilateral entre otras.</p> <p>Se desataca que aquí existe la necesidad de generar un patrimonio autónomo en el proyecto y por consecuencia una administración de fiduciaria. Para el establecimiento de compromisos futuros y en general la suscripción de contratos, encontramos un gran aporte en la legislación colombiana. Todo proyecto y compromiso debe tener necesariamente un análisis planificativo por parte de los actores financieros involucrados, este análisis nos sirve como indicador para determinar los límites de gastos y endeudamientos.</p> <p>Por otro lado, en el caso de prórrogas solicitadas por el contratista se establece una medida de limitante para que no sean peticiones indiscriminadas, se establece una tasa por prórroga. Parte integrante de los contratos también es una determinación detallada de los tipos de bienes que se encuentran en el proyecto ya que estos posteriormente serán traspasados al Estado.</p> <p>Las terminaciones anticipadas pueden ser de mutuo acuerdo o unilaterales. En ambos casos también es parte integral del contrato el establecimiento de fórmulas matemáticas que ayuden a la liquidación en caso eventual de dichas terminaciones. Adicionalmente, para las terminaciones unilaterales se da la posibilidad que los financistas del proyecto</p>	

se queden con sus derechos adquiridos para seleccionar a otro operador y cumplir la obra, es decir se reduce el riesgo del lucro cesante de los financistas por incumplimiento del operador.

Análisis de los Resultados

La Constitución de la República del Ecuador, creó un nuevo ordenamiento en el cual tuvo como una de sus bases la delimitación de competencias y gestión de recursos. Por otra parte, también desarrolló de mejor manera el sistema tributario y económico considerando por parte del primero principio nuevo como el de redistribución que le daba una finalidad práctica a la recaudación de tributos y por otra parte también se ahondó en la equidad tributaria, es decir, gravar con una visión más justa a las diferentes clases o estratos que lógicamente se encontrarán en la sociedad ecuatoriana. Así vemos cómo el sistema económico no sólo enuncia principios, sino que se correlaciona con la gestión de los recursos públicos frente a los servicios públicos.

También dio el catálogo de sectores estratégicos a aquellas áreas que por su relevancia económica se tenían que ver reservadas para la gestión estatal. Ellas sumadas a los servicios públicos que se reparten competencialmente entre los diferentes niveles de gobierno forman los recursos que deben ser presados por el Estado. Principalmente los servicios públicos a parte de ser reservados por el Estado son de obligatoria gestión para conseguir los objetivos de desarrollo y cumplir con el derecho que les asiste a todos los ciudadanos.

La Constitución Política de 1998 indicaba Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley(...). A diferencia de la Constitución del 2008 que implanta el principio de excepcionalidad del privado para la prestación de servicios público.

Como se trajo a colación la sentencia interpretativa del artículo constitucional 313, 315 y 316; con esta excepcionalidad instaurada se volvió criterio sustancial y requisito

formal que previo a la delegación de la titularidad estatal en la provisión de servicios públicos o explotación de sectores estratégicos, se debe de cumplir con los límites de las materias de cada ramo; y, que si no existían mayores requisitos, siempre se iba a tener que observar la declaratoria de excepcionalidad expedida por el Presidente de la República, tornándose este en un requisito más que podría eventualmente dilatar el accionar del sector público.

Por su parte el artículo 100 del COPCI es categórico al señalar que los diferentes tipos de delegación totales o parciales se pueden manifestar en las formas contractuales de concesión, asociación, alianza estratégica, o cualquier otra que desarrolle la Ley en general. Así vemos pues, que el legislador desarrolló una nueva forma contractual al determinar los contratos de gestión delegada.

Definición exacta o cerrada de una concesión no encontraremos en la Ley de Modernización como para establecer una diferenciación con los contratos de gestión delegada; sin embargo si nos remitimos a los hoy denominados contratos de gestión delegada, dice el artículo 13 de la LIAPP que serán los que lleven por objeto los proyectos públicos desarrollados en los sectores de interés general. Estos, para efectos de la aplicación de la Ley, serán aquellos bienes, obras o servicios provistos por el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados, determinados en las leyes o por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, tales como infraestructura, desarrollo urbano, proyectos inmobiliarios y aquellos vinculados con vialidad e infraestructuras portuaria y aeroportuaria. Así podríamos indicar que los contratos de gestión delegada aplican única y exclusivamente la organicidad del Comité Interinstitucional de APP, situación que es imposible.

Como ya se citó en el marco teórico muchos autores insisten en la proximidad entre un contrato de colaboración público privada y una concesión. Algunos los catalogan como iguales otros como distintos, pero lo que sí son uniformes es en explicar que las colaboraciones público privadas son más complejas y evolucionadas que una concesión tradicional ya que se estipula toda una etapa de negociación previa a la licitación de tal manera que haya un mejor traslado de riesgos generando así una relación entre la administración y el delegatario más fuerte y correlativa con derechos y obligaciones versus lo que puede ser una concesión tradicional donde bajo el principio del riesgo y ventura en ocasiones toda la carga pasaba al delegatario. En otras palabras, el Estado es

corresponsable de la provisión de servicios participando más activamente en el proceso de provisión.

La doctrina es uniforme al destacar que las APP más allá de ser un marco jurídico son realmente un modelo de gestión que abarca desde lo jurídico hasta lo económico, por lo tanto al hablar de APP debemos de asimilarlo a lo que la constitución llama delegación en su sentido amplio.

Finalmente, se trajeron elementos a colación elementos comparativos de legislaciones de otros países como son la Ley de Concesiones de Chile y la de Régimen Jurídico de Asociaciones Público Privadas de Colombia. Se escogieron estos dos países por dos razones. Chile es el país con mayor calificación en el Infrascopio 2012 y Colombia es un país con legislación relativamente joven y es una realidad muy similar a la ecuatoriana.

En cuanto a la estipulación contractual ambos países concuerdan con que los contratos deben subsumirse a las negociaciones previas a la adjudicación y cumplen con el requisito internacional de realizar licitaciones públicas para escoger al proveedor del servicio. El aporte colombiano va más apegado a la institucionalidad y es que como requisitos previo al reajuste de valores y costos y también previo a la adquisición de nuevos compromisos que aparecen en la ejecución del proyecto es necesario un criterio interinstitucional financiero de fundamento legal, lo cual brinda más candados al momento de conferir estas variaciones contractuales otorgando mayor estabilidad al contrato inicialmente suscrito.

De igual forma, en el caso chileno, como se dejó enunciado ellos manejan una sola figura como lo es la concesión pero la perfeccionan con los criterios del modelo de Alianzas Público Privadas. Tratan sobre el derecho de prenda que recae sobre los derechos económicos que fija el contrato para con el concesionario, reglas sobre la suspensión contractual y el plazo de reposición y reajustes.

CONCLUSIONES

Luego del análisis de las unidades de observación realizadas se puede concluir que la implementación de las alianzas público privado, a través de la nueva Ley de Incentivos para las Asociaciones Público – Privadas y la Inversión Extranjera es un instrumento necesario frente a la escasez de recursos y los difíciles momentos de financiamiento del

Presupuesto General del Estado que se origina tanto por factores internos como por factores externos. Bajo este marco, las alianzas público privadas generan un modelo de gestión aplicado a nivel mundial para no detener la obra pública e incrementar la gestión del PIB sin incurrir en mayores gastos estatales y distribuyendo los riesgos entre el Estado y el Gestor privado.

Actualmente, con la expedición de la Ley de Incentivos para las Asociaciones Público – Privadas y la Inversión Extranjera y bajo los artículos constitucionales expuestos se encuentra un fundamento legal idóneo para aplicar las asociaciones público privadas sin embargo el marco legal es insuficiente para el ámbito de acción de inversiones que se pueden ver atraídas por esta modalidad. Así se concluye en este punto que el Comité de Alianzas Público Privadas debe contar con voz pero sin voto como miembro integrante, a un representante de las cámaras de comercio e industria para analizar las repercusiones sectoriales y así poder priorizar los proyectos.

Por otro lado, es fundamental que dentro de los detalles de tipos de proyectos de proyecto se implemente una diferenciación de distribución de riesgos entre la Entidad Pública y el Gestor Privado; y la capacidad de no generar responsabilidad civil extracontractual por error del Gestor Privado toda vez que éste es el que en su defecto incurriría en las falencias de prestación de servicio, sienta también ésta una posibilidad de terminación unilateral del contrato, todo esto considerando que el contrato de gestión delegada, al ser una de las partes suscribientes la Entidad Estatal Delegante, se rige por el derecho público y se puede hacer únicamente lo tipificado, es decir, estamos hablando eminentemente de un contrato administrativo que por su naturaleza puede incluir cláusulas leoninas o exorbitantes para garantizar la prestación del servicio público.

Finalmente, la gestión estatal no se ve en riesgo en ningún momento toda vez que como se expuso en el párrafo anterior, toda vez que se pueden implementar cláusulas exorbitantes como garantías financieras a primer requerimiento o la posibilidad de terminación unilateral del contrato sin generar indemnización contractual al gestor privado, no existe afectación al sector público, mas bien aliviana la prestación del servicio para no generar cargas contra los presupuestos estatales. Por otro lado el Estado, al financiar por intermedio de su banca pública, interviene indirectamente en los proyectos aprobados por el Comité y utiliza un mecanismo más eficaz de desembolso de

recursos para evitar los mecanismos o trabas que da el Código Orgánico de Planificación de Finanzas Públicas.

RECOMENDACIONES

- Definir legalmente los conceptos teóricos sobre los que versa una APP como lo son el diseño, la operación, la construcción, la transferencia, la adquisición.
- Elaborar un Decreto Ejecutivo donde se delegue al Comité Interinstitucional para que determine la excepcionalidad de delegar un servicio público o gestión de sector estratégico en función de un proyecto de APP aprobado y viable.
- Diferenciar todas las modalidades de delegación que otorga el artículo 100 del COPCI a fin de dejar claro el marco legal regulatorio actual que existe en el Ecuador respecto a los contratos de gestión delegada.
- Incluir como cláusulas obligatorias de los contratos de gestión delegada las fórmulas de reajuste de costos y compromisos económicos, la posibilidad prendaria del contrato, derechos de propiedad y transferencia de bienes generados, riesgos de las partes, procedimiento para la terminación anticipada unilateral y por mutuo acuerdo, cláusulas penales y subsidiariedad del estado por perjuicios frente a terceros ocasionados por el contratista.
- Complementar los contratos de gestión delegados instituyendo como cláusulas obligatorias la conferencia de garantías a primer requerimiento tanto técnicas, de presentación de oferta y cumplimiento de cronogramas, de daños a terceros y de responsabilidad civil extracontractual, para garantizar y cumplir el principio de este modelo de gestión.

BIBLIOGRAFÍA

1. (CEPAL), C. E. (2015). *Estudio Económico de América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL.
2. Castagnet, N. (2011). La participación social en las decisiones públicas en el marco de la modernización del Estado. En Y. Acosta, A. Falero, A. Rodríguez, I. Sans , & G. Sarachu, *Pensamiento crítico y sujetos colectivos en América Latina: perspectivas interdisciplinarias* (págs. 123-158). Montevideo: Trilce.
3. Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, Cámara de Diputados. (2016). *Las Asociaciones Público Privadas como alternativa de financiamiento para las entidades federativas*. México D.F. - México.
4. Comisión de las Comunidades Europeas. (2004). *Libro Verde sobre la colaboración público - privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. Bruselas.
5. Endara, X. O. (1999). *Modernización del Estado y reforma jurídica, Ecuador 1992-1996*. Quito - Ecuador: Corporación Editora Nacional.
6. Esteban, C. (2011). La teoría de los contratos administrativos. *Programa de estudios en Economía e instituciones*, 9-12.
7. Giraldo, A. (2013). *Propuesta de un Esquema Institucional para la Gestión de proyectos de Asociación PúblicoPrivada (APP) en infraestructura*. Bogotá - Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
8. Gonzalez , J. (2006). Contrato de colaboración público privada. *Revista de Administración Pública*, 7-39.
9. Gutiérrez, G. (2012). Marco económico constitucional ecuatoriano. *Iurisdictio*, 12-15.
10. Maino, V. (2011). *Mecanismos de Asociación Público-Privada*. Guayaquil - Ecuador: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

11. Ochoa , G. (2012). *La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios*. Quito - Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
12. Onrubia, J. (2005). Propuesta de un Esquema Institucional para la Gestión de proyectos de Asociación PúblicoPrivada (APP) en infraestructura. *Ekonomiaz No. 60 vol. 1*, 38-56.
13. Pliscoff, C., & Araya, J. (2012). Las alianzas público-privadas como gatilladoras . *Revista Chilena de Administración Pública*, 173-198.
14. Puig, A. (2003). *Derecho Administrativo para ciencias económicas*. Salta - Argentina: Universidad Nacional de Salta.
15. Romero, J. P. (2015). Consideraciones sobre la asociación público - privada. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, 100-145.
16. Sanabria, M. (2016). *La aplicación del contrato de colaboración público-privada a los programas de armamento del Ministerio de Defensa de España*. Madrid - España: Universidad Complutense de Madrid.
17. Sánchez Praga, J. (1999). *La modernización y el Estado: Fin del ciclo Estado-Nación*. Quito: Abya-Yala.
18. SENPLADES (2009). *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013: Construyendo un Estado Plurinacional e Intercultural*. Quito, Ecuador. Recuperado de: http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan_Nacional_para_el_Buen_Vivir.pdf
19. SENPLADES (2013). *Plan Nacional de Desarrollo / Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*. Quito, Ecuador. Recuperado de: http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Plan_Nacional_para_el_Buen_Vivir.pdf
20. The Economist Intelligence Unit. (2009). *Partnerships for Progress? Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean*. Londres: The Economist.
21. The Economist Intelligence Unit. (2014). *Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe*. Londres: The Economist.

22. Zambrano, P. (2006). *La solución de conflictos de los contratos de concesion a partir de la expedición de la ley de modernización del estado en el ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

• **Leyes:**

23. Constitución política de la república del ecuador. Decreto legislativo 0. (1998)

24. Constitución de la república del ecuador. Decreto legislativo 0. (2008)

25. Ley de modernización del estado. Ley 50. (1993)

26. Código orgánico de la producción, comercio e inversiones. Ley 0 (2010)

27. Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública. Ley 1 (2008)

28. Ley orgánica de incentivos para asociaciones publico-privadas y la inversión Extranjera. Ley 0. (2015)

29. Decreto supremo mop n° 900 fija texto refundido, coordinado y sistematizado del dfl mop n° 164, de 1991 ley de concesiones de obras públicas (1991)

30. Ley 1508 de 2012 por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones (2012)

31. Corte constitucional del ecuador. Sentencia no. 001-12-sic-cc. 05-01-2012



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Carlos Ernesto Becilla Peñafiel, con C.C: # 0925472979 autor del trabajo de titulación: *“Marco jurídico para los contratos de gestión delegada en el modelo de gestión de asociatividad entre actores públicos y privados”* previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO DE EMPRESA** 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 graduación 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 graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 20 de marzo de 2017

f. _____

Nombre: Carlos Ernesto Becilla Peñafiel

C.C: 0925472979

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Marco jurídico para los contratos de gestión delegada en el modelo de gestión de asociatividad entre actores públicos y privados.		
AUTOR(ES):	Becilla Peñafiel Carlos Ernesto		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Dr. Christian Viteri – Dr. Nicolás Rivera		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho de Empresa		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho de Empresa		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	20 de marzo de 2017	No. DE PÁGINAS:	70
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Constitucional, derecho económico, derecho administrativo		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Asociaciones Público Privadas, delegación, gestión delegada, contrato administrativo, servicios público, sectores estratégicos		
RESUMEN:	<p>El presente trabajo aborda la nueva Ley de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas con la finalidad de determinar la viabilidad de un modelo de gestión de sectores estratégicos y servicios públicos que se delegue a través de los nuevos contratos de gestión delegada. Se analiza la viabilidad constitucional y legal para elaborar proyectos de alianzas público privadas con la finalidad de incentivar la participación de la empresa privada en las gestiones de los sectores públicos</p> <p>Se trata de ubicar esta novel figura como un modelo de gestión económico con ausencia de un mayor desarrollo en la parte jurídica, destacando que la legislación ecuatoriana queda muy corta inclusive para plasmar una definición exacta de las asociaciones público privadas.</p> <p>También se abordan los contenidos contractuales de derechos y obligaciones desde la legislación chilena y colombiana aplicable al caso para verificar la existencia de nuevos aportes que puedan ser incluidos en la legislación ecuatoriana a fin de detallar de mejor manera todas las variables de cláusulas contractuales a ser atendidas en el diseño de los contratos de gestión delegada en el Ecuador.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono:0998080300	E-mail: carlosbecilla@outlook.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Peralta Moarry Salma Pierina		
	Teléfono: 0985979088		
	E-mail: maestriaderechodempresas@gmail.com		

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	