



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**CONTRATO DE ASOCIACIONES PÚBLICO – PRIVADA:
ELEMENTOS, ESTRUCTURA Y RÉGIMEN JURÍDICO
APLICABLE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.**

Autor:

Christian Patricio Luzuriaga

Director:

Dr. Guillermo Ochoa Rodríguez PhD.

Cuenca – Ecuador

2022

DEDICATORIA

A mis padres, que, a pesar de todas las adversidades,
con todo su esfuerzo, me dieron una carrera y un futuro.

A Nadia, mi hermana, quien estuvo allí para motivarme e inspirarme siempre.

Y a todos quienes fueron parte de esta quimera,
hay muchas historias.

AGRADECIMIENTO

A mis mentores, por sus enseñanzas:

Guillo, que el estudio constante del derecho,
es lo que le distingue a un verdadero jurista.

Pepe, que la abogacía es una honorable profesión, que siempre estará al servicio de la justicia,
ius est ars boni et aequi.

Jota, quien me ha enseñado, las cualidades que deben tener los hombres de bien,
ama killa, ama llulla, ama shwa.

Resumen

El presente proyecto de investigación consta de dos partes; la primera, se realiza una investigación bibliográfica a través de la cual se conocerá lo que dice la doctrina internacional sobre las Alianzas Público Privadas. En el marco del Estado relacional surgen las Asociaciones Público Privadas, que son mecanismos que pueden materializarse en contratos de gestión delegada, en donde una entidad delegante (sector público) delega a un gestor privado (sector privado) la gestión de un servicio público o un sector estratégico; y en la segunda parte compuesta por el segundo y tercer capítulo, se va a contrastar la doctrina con la legislación ecuatoriana sobre las APP para así comprender como cuál es el inconveniente para la celebración de las APP en el Ecuador

Abstract

This research project consists of two parts; the first, a bibliographical research was carried out to know what the international doctrine says about Public-Private Alliances. Within the framework of the relational State, Public-Private Associations arise, which are mechanisms that can materialize in delegated management contracts, where a delegating entity (public sector) delegates to a private manager (private sector) the management of a public service or a strategic sector. In the second part made up of the second and third chapters, the doctrine was contrasted with the Ecuadorian legislation on PPPs in order to understand how the inconvenience is for the celebration of PPPs in Ecuador

Translated by



Firmado electrónicamente por:
CHRISTIAN
PATRICIO
LUZURIAGA TAPIA

Christian Luzuriaga Tapia



INDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO.....	III
Capítulo I	1
LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS COMO UN INSTRUMENTO DE COLABORACIÓN DINÁMICA. -.....	1
A. Tránsito al Estado de Colaboración Público Privada.	1
B. Los Contratos Administrativos.-.....	3
C. Referencia histórica de las Asociaciones Público Privadas. -	7
a. El modelo europeo.....	7
b. El modelo ecuatoriano.....	8
D. Generalidades de las asociaciones público-privadas. -	9
a. Hacia una definición integral.....	9
b. Principios rectores de las asociaciones público-privadas.....	12
E. Estructura de las Asociaciones Público – Privadas.-.....	13
F. Conclusiones. -	20
CAPÍTULO II	22
ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO.....	22
A. La institucionalidad: ¿Una necesidad actual?	22
B. La delegación de la gestión. -	23
C. Objeto de los contratos de gestión delegada: El Proyecto Público. -	29
E. Aspectos de la fase precontractual. -	31
F. Aspectos clave de la fase de estructuración. -.....	32
G. Aspectos de la fase contractual. -	33
CAPITULO III.....	36
ACTUALIDAD Y DESARROLLO DE LAS ASOCIACIONES	36
A. Situación actual. -	36
B. Análisis de un proyecto de Asociación Publico Privada. –.....	39
C. Beneficios de las Asociaciones Publico – Privadas. –	42
D. Limitaciones de las Asociaciones Público – Privadas. –.....	43
Conclusiones. –	44
BIBLIOGRAFÍA	45

Capítulo I

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS COMO UN INSTRUMENTO DE COLABORACIÓN DINÁMICA. -

A. Tránsito al Estado de Colaboración Público Privada.

Históricamente los términos “público” y “privado” ingresaron en el pensamiento occidental como resultado de su uso frecuente, y ha servido a diferentes ciencias políticas y sociales para delimitar, ordenar y estructurar su campo de investigación (Bobbio, 2010); la relación entre la esfera de lo “público” y la esfera de lo “privado” ha contribuido para que se diseñe el modelo estatal.

En la siguiente tabla se podrá observar las cinco formas, que según Kramer, se relacionan las esferas público/privado; tabla en la que se podrá analizar por un lado sistemas en donde domina lo privado, otro donde domina lo público; y en la columna del centro, se encuentra que las agencias públicas se complementan con las organizaciones privadas; es más pueden ser una forma eficaz y eficiente de dar respuesta a fallos del mercado y las deficientes administraciones públicas.

Reprivatización	Fortalecimiento de la sociedad civil	Colaboración complementaria	Subordinación al Estado	Nacionalización
La empresa privada ocupa cada vez más espacios “públicos”	Las organizaciones de la sociedad civil ocupan cada vez más espacios públicos.	Las organizaciones del sector social colaboran con las agencias públicas y se complementan.	Las organizaciones de la sociedad civil y las empresas se subordinan al Estado.	El estado ocupa cada vez más espacios de la sociedad civil.
Mercado	Pluralismo de	Pluralismo de	Estado del	Mercado

empresarial	mercado	bienestar	bienestar	público
-------------	---------	-----------	-----------	---------

1.Tránsito al Estado de Colaboración Público Privada. Fuente: (Vernis Doménech, 2005)

En los países occidentales se pasó de un Estado liberal de derecho a un Estado benefactor. Carlos Farge define a este modelo de Estado como: “una serie de disposiciones legales que dan derecho a los ciudadanos a percibir prestaciones de seguridad social obligatoria y a contar con servicios estatales organizados, en una amplia variedad de situaciones definidas, como de necesidad y contingencia” (Farge Collazos, 2007).

A principios de los ochenta el modelo de Estado benefactor entró en crisis debido a la dinámica de expansión permanente del Estado en sus tareas y responsabilidades, que produjo algunas limitaciones en relación a viabilidad económica y a la eficiencia social (Vernis & Mendoza, 2009).

Por un lado cuando hablamos de la viabilidad económica del Estado, hay que resaltar que el incremento de la presión fiscal tiene un límite, y el riesgo del exceso de este “malestar fiscal” es la ruptura del pacto social. En cuanto a la eficacia social, la persistencia de los problemas sociales en algunos casos demuestra la impotencia del Estado para resolver las expectativas de la ciudadanía; y ante la baja efectividad de la administración ante las necesidades, se produce una gran insatisfacción ciudadana en la prestación de servicios públicos (Vernis & Mendoza, 2009).

En Europa, Canadá y Estados Unidos, se repensó el modelo del estado de benefactor; en Iberoamérica algunos autores se refieren al “nuevo” Estado de bienestar o “Estado Relacional”, definido según Vernis Doménech como: “un Estado que reconoce la complejidad y la interdependencia presentes en los problemas sociales y que asume que la resolución de los mismos solo puede abordarse contando con la colaboración activa de la propia sociedad” (Vernis Doménech, 2005).

Este estado de colaboración por su parte, pretende simplificar la dicotomía público privada, pero sin dejar de defender que el Estado es necesario; y “sitúa las relaciones entre los ámbitos público y privado, entre Estado y sociedad, en el terreno de la corresponsabilidad, dato ausente en las concepciones anteriores del Estado” (Vernis & Mendoza, 2009); en otras palabras, a través de este modelo de Estado, y a la vez el modelo de administración pública, trata de abordar los problemas sociales con la colaboraciones de la misma sociedad.

En el caso de América Latina el modelo de Estado, y de su administración pública se

encuentran divididos, pues encontramos países como Chile, Perú y Colombia en donde la administración pública está orientada a una mayor participación privada en la prestación de servicios públicos; a diferencia de países como: Ecuador, Nicaragua, Venezuela y Argentina donde el modelo de Estado es pendular (Robalino Orellana, 2010). Es decir, en América Latina el entorno político, sobre todo los países del segundo grupo mencionado intentan avanzar de un Estado Liberal de derecho, a la construcción paralela de un modelo de Estado de bienestar y paralelamente a un Estado relacional.

B. Los Contratos Administrativos.-

Para la obtención de bienes y servicios de los particulares, así como la satisfacción del interés general, la actividad administrativa tiene varias modalidades. Puede hacerlo directamente, mediante el desarrollo de actividades a ella reservadas, o prestación de servicios públicos; o indirectamente, esto es, con la intervención o colaboración de sujetos públicos o privados. Esta actividad indirecta de la administración puede ser unilateral o bilateral, la primera se produce por decisiones de incentivo o desincentivos; en el caso de la bilateral, son cuando el Estado recurre al contrato (Parejo Alfonso, 2010).

Las figuras jurídicas, como el contrato, son comunes en las distintas ramas del derecho; es decir no hay figuras jurídicas exclusivas en las diferentes ramas por lo que podríamos hablar sencillamente de “figuras jurídicas” o “categorías generales de derecho”. El contrato como “género” parte del código civil, pero insisto, no es una figura que solo exista en la rama del derecho privado; sino que también existen contratos de la actividad administrativa.

Es importante aclarar que la administración puede contratar de diferentes maneras: En algunas ocasiones a través de contratos civiles de la administración, de conformidad con el derecho privado; y en otras oportunidades mediante contratos administrativos en donde el Estado está revestido de un poder público superior regulador, y subordinando al contratista (Dromi, 2001).

En palabras de Luciano Parejo Alfonso: “La presencia de un sujeto dotado de un régimen exorbitante del común y la necesidad de la dotación a la AP o la entidad contratante con prerrogativas capaces de incidir en la relación contractual...” ha determinado las particularidades de este régimen contractual de carácter público (Parejo Alfonso, 2010). Este desdoblamiento de los contratos de la administración hace que estudiemos un régimen jurídico

unitario, que regula todos los contratos celebrados por el Estado en ejercicio de su función administrativa (Dromi, 2001).

Estos contratos entre el Estado y otro sujeto cualquiera, dan lugar a una relación de colaboración en donde buscarán la satisfacción de sus intereses mediante la regulación de conductas. La individualidad de la actividad contractual del sector público, respecto de los contratos en materia civil, determina criterios propios de aplicación de un régimen específico de la contratación administrativa (Parejo Alfonso, 2010).

Roberto Dromi define a los contratos administrativos:

“... es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa” (Dromi, 2001).

Definición similar a la del artículo 125 del Código Orgánico Administrativo (2017), que los define como “el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa”.

Del análisis de estos conceptos podría decirse lo siguiente:

- a. Es una declaración de voluntad común.- Se requiere de la concurrencia de voluntades, por un lado del Estado, y por el otro de un particular u otro ente público.
- b. Producción de efectos jurídicos.- Este regulará recíprocamente atribuciones y obligaciones con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos a cada parte.
- c. El sujeto de derecho en ejercicio de la función administrativa.- En el Ecuador, pueden ser cualquiera de las funciones del Estado.
- d. El particular u otro ente público.- También se lo llama contratista, puede ser persona natural, persona jurídica u otro ente público (Dromi, 2001).

Los contratos administrativos tienen características que lo diferencian de los contratos privados, pues su validez dependerá del cumplimiento de varias formalidades requeridas por la ley en aspectos como los procedimientos contractuales que además limitan la libertad de las partes en el sentido de que los principios de autonomía de voluntad o igualdad jurídica quedan subordinados al contrato.

Roberto Dromi habla de desigualdad jurídica en función de la superioridad jurídica de la administración respecto del contratista, pues se imponen ciertas prerrogativas que subordinan al contratista, dice el autor:

“Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la Administración para:

- Adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista (modificación unilateral, mutabilidad del contrato) [...].
- Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratista, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución con sustitución del contratista).
- Dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan (rescisión contractual).” (Dromi, 2001)

Es importante resaltar que el fin público se opone a cualquier otro interés, a diferencia de los contratos privados.

Otra característica importante es la existencia de las cláusulas exorbitantes, estas son estipulaciones que crean derechos y obligaciones, en donde la Administración puede ejercer un control excepcional sobre el contratista, como por ejemplo: modificar las condiciones pactadas en el contrato unilateralmente, imponer sanciones, o dar por terminado el contrato.

Por último los derechos y obligaciones son “intuitu personae”, es decir en los contratos administrativos se impide, por regla general, la transferencia de los derechos contractuales, salvo convenio expreso o autorización.

Estos contratos celebrados por la administración tienen efectos respecto terceros que no son las partes, como en una concesión, por ejemplo, en donde los usuarios van a contribuir con una fracción del pago; y estos terceros a su vez exigir un servicio de calidad, de conformidad con el contrato pactado (Dromi, 2001).

Además, el inciso segundo del artículo 125 del Código Orgánico Administrativo, señala que “los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia”; por lo que analizaremos otra clasificación de estos contratos administrativos en razón de la materia que estos traten.

En el Ecuador al igual que en el ordenamiento jurídico español, no se ha desarrollado un cuerpo normativo único que sistematice las clases de contratos de la administración pública. En el caso de España existe la Ley de Contratos del Sector Público, que determina el régimen común de la contratación del Estado; existe también legislación que se refiere a los sectores especiales, como la Ley, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones; o la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (Parejo Alfonso, 2010). Por consiguiente, la doctrina los clasifica también en nominados, a aquellos que tienen un régimen jurídico especial; e innominados, a los que se rigen los principios generales de la contratación pública y las disposiciones generales de la Ley de Contratos del Sector Público (Dromi, 2001).

Las clases de contratos de la administración pública, en la legislación ecuatoriana, también se encuentra dispersa en diferentes cuerpos normativos, como a continuación, se podrá observar en el siguiente gráfico:

Cuerpo normativo:	Materia que se regula:
Ley Orgánica del Servicio Público	Materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.	Contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría
Ley de Minería.	Contratos de explotación minera.
Ley de Hidrocarburos.	Contratos de exploración y explotación de hidrocarburos
Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas	Las asociaciones público-privadas que tienen por objeto la provisión de bienes, obras o servicios por parte del Estado.

2. *Algunas clases de contratos administrativos. Elaboración propia.*

C. Referencia histórica de las Asociaciones Público Privadas. -

a. El modelo europeo.

En España, “la Instrucción de Obras Públicas de 10 de octubre de 1845” es un antecedente importante dentro de la construcción de un marco jurídico regulatorio porque es el inicio de una reglamentación sobre la financiación o gestión privada de infraestructuras para la prestación de servicios públicos. Este Real Decreto impulsó las obras públicas al formular sus modos de ejecución. En su artículo quinto indicaba: “Así las obras nacionales como provinciales y municipales pueden realizarse por empresa, por contrato o administración”; en otras palabras, con el término empresa se refiere al contrato de concesión dentro de un contexto de gestión directa (Rosado Pacheco, 2010).

Hace tres décadas, las únicas formas de financiar la construcción de infraestructuras para la satisfacción de servicios públicos eran la erogación esto es, el gasto o inversión del sector público, a través del endeudamiento público o incluso hasta cobrando a la población ciertas tasas. Consecuentemente, por las reducidas opciones de financiamiento y el descontento de los ciudadanos por la deficiente prestación de los servicios públicos los Estados enfrentaron una crisis y ante esta necesidad, se llevó a pensar en una alternativa para financiar con los recursos del sector privado y sin que los riesgos fueran asumidos por el Estado (Escobar, 2017).

En el caso de España, por su avance en los últimos veinte años, se la considera como “uno de los mercados más activos en el recurso a esquemas de Asociación Público Privada” (Rebollo Fuente, 2009, pág. 15); y es que por un lado, su marco jurídico regulatorio con estructuras y procedimientos es conocido por los actores del sector privado, así también por la abundancia de empresas constructoras y entidades financieras con liderazgo en el mercado.

En el año 1992 el *gobierno británico* de John Major emprendió un programa de reformas denominado *Private Finance Initiative* PFI, con el objetivo de ser financiado por el sector privado para la satisfacer necesidades de servicios públicos modernizando la infraestructura privada; este plan de reformas constituye un punto de partida de los contratos de colaboración público privada; o en su traducción británica *Public Private Partnership*, PPP. Este programa consistía en considerar las opciones de financiación privada en proyectos de inversión siempre y cuando implique la asunción del control y riesgos asociados del proyecto por el sector privado, por la contraprestación de un coste proporcional (González García, 2006).

Así también en el año 2005 en Bruselas, el Consejo Europeo invitó a los Estados miembros a que se fomente las asociaciones entre el sector público y el privado, en el marco de la

iniciativa de crecimiento inversiones en infraestructuras que favorezcan el plano social, económico y medioambiental.

b. El modelo ecuatoriano.

En el caso ecuatoriano se puede señalar dos fases importantes en las que se desarrollan los contratos de Asociaciones Público Privadas.

En primer lugar, a consecuencia de la facilidad de acceso de las economías emergentes a financiamiento externo, en la década de los ochenta hubo un endeudamiento violento de los países latinoamericanos, la economía del Ecuador pasó a ser dependiente del precio internacional de las exportaciones por barril de petróleo. Por otro lado, el fenómeno natural de El Niño, que había inundado la costa ecuatoriana; y el terremoto de 1987, que destruyó el oleoducto transecuatoriano, le ocasionaron grandes pérdidas económicas.

Estos antecedentes provocaron que entre los diferentes sectores sociales se discuta una propuesta política que facilite la participación del sector privado en las funciones del sector público. Se habló de una propuesta de modernización del Estado, por ejemplo para los organismos multilaterales consistía en la integración de las economías, el libre mercado y la competencia, en donde el papel del Estado sería únicamente normativo y mantener la estabilidad macroeconómica. Por parte del Gobierno, el vicepresidente Alberto Dahik, en el año 1992, a más de las concesiones y privatizaciones, la modernización consistía en que la sociedad encuentre una nueva relación entre los diferentes sectores de la sociedad.

Posteriormente, en 1993 entró en vigencia la “Ley de Modernización del Estado y Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada”, que entre sus objetivos estaban los siguientes:

1. La racionalización de la administración.
2. La enajenación de las empresas estatales.
3. La prestación de servicios públicos por iniciativa privada o desmonopolización.
4. La descentralización, desconcentración y simplificación.

Por consiguiente, con estos fundamentos jurídicos se privatizaron los sectores estratégicos, convirtiéndose la privatización en un medio para conseguir mayores recursos por parte del sector privado y la intervención del Estado se consideraba inadecuada; las

privatizaciones provocaron reducciones de los puestos de trabajo y la disminución de educación básica y salud pública gratuita hasta el punto del fracaso de las privatizaciones.

En el 2008 la Asamblea Nacional Constituyente reemplazo la constitución de 1998, una de sus diferencias es que comprende un sistema económico social y solidario, pues obedece a un sistema en donde el sector público se fortalece y predomina sobre el sector privado; además el estado se reserva la prestación de los servicios públicos así como las actividades relacionadas con los sectores estratégicos, y solo de forma excepcional estas acciones las podría ejecutar el sector privado.

En el ámbito económico pasamos de un escenario de alto precio del petróleo, que fue el año 2007, en el que se sustentaron políticas de incremento de inversiones en los sectores de energía y transporte; hasta el año 2014, en donde debido al incremento de la oferta mundial, bajó el precio internacional del barril de petróleo acarreando consecuencias económicas negativas para el país, contexto en el que el presidente Rafael Correa impulsó un “Proyecto de Ley de Incentivos para las Asociaciones Público-Privadas” (Oleas, 2017), norma que sigue vigente y tiene como objetivos:

1. Atraer inversión nacional y extranjera a la implementación de proyectos públicos prioritarios.
2. Fomentar el financiamiento competitivo externo de las empresas, bancos y otras instituciones financieras.
3. Facilitar el financiamiento interno y de mercado de valores.

D. Generalidades de las asociaciones público-privadas. -

a. Hacia una definición integral.

Si se cuestiona sobre el concepto de lo que son las Asociaciones Público-Privadas, se podría decir que, debido a la variedad de legislaciones y autores que las tratan, no existe una definición integral, incluso va a depender del país que la regule. Además, podría existir una confusión, pues en algunas legislaciones las APP son tipos de contratos y en otras son mecanismos que se los puede canalizar a través de contratos, para tener una definición acertada a continuación, se citará algunas definiciones doctrinarias y a fin de llegar a una conclusión.

Si nos acercamos a países anglosajones cercanos al modelo británico, las APP, “se refieren a un esquema contractual entre el sector público y el sector privado en un proyecto compartido” (Alborta, Stevenson, & Triana, 2011); es decir, se los entiende como un contrato que refleja

toda la relación contractual, a diferencia de los países con tradición napoleónica como España o los de Latinoamérica.

Andrés Rebollo Fuente las define como: “Término aplicable a toda asociación entre pública y privada, para el desarrollo de una infraestructura pública y/o el desempeño de un servicio público, que cumpla las siguientes características: a) Participación privada. b) Transferencia de riesgos. c) Relación contractual a largo plazo” (Rebollo Fuente, 2009).

Si se analiza este concepto, se podrá encontrar una relación entre dos sujetos: un socio público y un socio privado; un objeto: el desarrollo, provisión o gestión de infraestructura o servicio público o ambas. Y tres características; que se analizarán más adelante a mayor profundidad.

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico define a Asociación Público-Privado como:

“...acuerdo entre el gobierno y uno o más socios privados bajo el cual los socios privados proveen un servicio de manera tal que los objetivos de provisión de servicios del gobierno se encuentran alineados con los objetivos de obtención de utilidad del sector privado y donde la efectividad depende en una adecuada transferencia de riesgos del sector privado” (OCDE, 2010).

En otras palabras la OCDE, también coincide en dos sujetos, el público y el sujeto privado, en donde esta relación tendrá por objeto la provisión de un servicio de carácter público, con la característica de que el sector privado obtendrá una contraprestación económica por la transferencia de un riesgo.

Así también, el Fondo Multilateral de Inversiones, y lo refiere como: “un sistema de colaboración de largo plazo entre una autoridad pública y el sector privado para la provisión de un servicio público” (Bloomgarden & Maruyama, 2008); que se asimila a la definición anterior.

De estas definiciones se podría transcribir un concepto amplio de las APP como: una especie de acuerdos a largo plazo que permiten la actuación conjunta entre las instituciones de la esfera pública y privada, con la finalidad de disponer de infraestructura y servicios públicos para la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

Como ya se mencionó, dependiendo de la legislación que se estudie, se podría hablar si una Asociación Público Privada es o no un contrato. El caso ecuatoriano, la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas (2015) en su artículo octavo las define como:

“... 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”.

Del análisis de este concepto se podría recalcar en primer lugar que una APP no es un tipo de contrato sino que pueden ser instrumentadas por varios tipos de contrato en los que hay participación activa del sector privado; como por ejemplo, la concesión, la asociación en participación, *joint ventures* así como cualquier otro tipo que permita la ley. Además, dentro de la dicotomía público-privada, se hace mención a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, que son parte importante de la espera pública.

Por consiguiente, al no ser un régimen contractual típico en la legislación ecuatoriana se puede aseverar que las APP son una modalidad de la gestión delegada; que podrían tomar diferentes formas contractuales; entonces es incorrecto hablar de un contrato de APP, puesto que podrían ser diferentes contratos a los que aplican las disposiciones de la gestión delegada.

Aunque pueden existir confusiones relativas a las APP, es menester realizar las diferenciaciones que vienen al caso, una de ellas es con el término “concesión”; si bien estos términos no son contrapuestos, podría decirse que las asociaciones público-privadas son el género y la concesión es la especie; otra diferencia es que en las APP “acentúa la necesidad de que esa relación sea justa y eficiente para la sociedad mientras que la concesión acentúa la propiedad pública del bien o servicio que se quiere prestar, y la consiguiente relación contractual entre los sectores público y privado” (Vassallo Magro & Izquierdo de Bartolomé, 2010).

Otra distinción importante de recalcar es respecto de las alianzas estratégicas, para esto se debe recurrir al texto de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009) que en su artículo 35 dispone que:

“Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se

requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria...”.

En este contexto las alianzas estratégicas son uno de los tipos de asociaciones que las empresas públicas pueden conformar, aunque éstas no implican delegación alguna de potestades propias de las empresas o entidades públicas. Por otro lado, al ser de naturaleza asociativa, debe existir una adecuada distribución del riesgo entre los sujetos público y privado (Baldeón, 2016).

En relación con la privatización, entendidas estas como la transferencia de la propiedad de bienes o una empresa del sector público a una entidad de propiedad privada; las APP no implican la transferencia de la propiedad, sino comprenden la colaboración, es decir, una relación contractual de la esfera pública y privada con el fin de lograr un objetivo de política pública; el activo podrá ser de propiedad privada y permanecer como tal o no, una vez terminado el tiempo para el cual se pactó; otra diferencia, es que en las asociaciones público-privadas, la rendición de cuentas y asunción de riesgos, se mantienen en última instancia en el sector público; a diferencia del modelo privatizador en donde el sector privado asume toda la responsabilidad.

b. Principios rectores de las asociaciones público-privadas.

A continuación, se describen los principios que marcan la diferencia entre una asociación público-privada y la contratación pública tradicional:

- **El reparto de funciones y responsabilidades.**-En las APP deberá existir una adecuada repartición de las funciones y responsabilidades entre el público y el privado a diferencia de la contratación pública tradicional en donde, el público asume todas las funciones y responsabilidades o el privado está dispuesto a asumirlas.
- **Distribución adecuada de riesgos.**- Este principio está contenido en el artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, y consiste, en primer lugar, en que los riesgos deben identificarse, estimarse la probabilidad de que sucedan, tener un impacto financiero cuantificable en todas sus fases, y así mismo dividirse entre el sujeto público y el sujeto privado. Por lo general, por la experiencia, capacidad tecnológica, innovación y gestión, estos riesgos son manejados de una forma más eficiente por el sector privado; por su parte el público asumirá los riesgos que por su

naturaleza jurídica, esté dispuesto manejarlos; algunos ejemplos de riesgos son: los cambios políticos, alza de costo de los materiales, los retrasos en los plazos programados, fenómenos naturales y cambios en la demanda del servicio en las proyecciones (Baldeón, Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano, 2016).

Según la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas (2015), los principios son:

- **Sostenibilidad Fiscal.**- Se refiere a “la posibilidad de financiar una trayectoria permanente del gasto con los ingresos esperados del gobierno en el largo plazo, a fin de evitar situaciones de déficit persistentes que redunden en crisis de deuda pública” (Hidalgo de los Santos & Reyes, 2016).
- **Valor por dinero.**- Hace relación al precio y a la calidad, y consiste en que los proyectos que se desarrollen en modalidad APP, deben obtener resultados de calidad y obtener condiciones económicamente más ventajosas para los usuarios finales de la infraestructura o servicio público prestado. Para ello los técnicos, a cargo tendrán que identificar y valorar los costos y beneficios en dos aspectos; en primer lugar, cuánto gana o pierde el país; y en segundo, cuánto gana o pierde el privado (Baldeón, 2016).
- **Respeto a los Intereses y Derechos de los Usuarios.** - Este principio hace referencia a que tanto el sector público como el sector privado tendrán la obligación de proteger a los usuarios finales brindando “información clara y suficiente sobre sus derechos, así como atender y resolver sus reclamos de manera oportuna”.
- **De los derechos de propiedad.**- Exterioriza la garantía de la propiedad de las partes, en el plazo de ejecución, del proyecto público así como del contrato de gestión delegada.
- **Cobertura e inclusión social.**- En medida de lo posible se debe cubrir la mayor cantidad de áreas geográficas, grupos sociales, pueblos y nacionalidades que requieran el proyecto. Además, estos deberán priorizar el consumo de los bienes, servicios y talento humano nacionales.

E. Estructura de las Asociaciones Público – Privadas.-

En algunos casos resulta necesario la intervención de un agente privado, para que de manera conjunta con el Estado, provisione bienes y servicios públicos mediante las Asociaciones Público –Privadas. Pues por lo general el agente del sector privado resulta más eficiente en la ejecución de las fases del proyecto debido a la mayor experiencia en el diseño,

construcción mantenimiento y explotación de un proyecto; y, en segundo lugar están las limitaciones fiscales en relación a la necesidad de construcción de infraestructura socialmente necesaria, y es que el control del déficit público es fundamental para avalar la seguridad económica de un Estado, por ello para cubrir las necesidades de infraestructura sin crecimiento del gasto público es necesario recurrir al sector privado (Vassallo Magro & Izquierdo de Bartolomé, 2010).

a. Sujetos Participantes en una Asociación Público - Privada. -

Cuando se habla de los sujetos que participan en una APP, de la definición de la Ley APP, se deduce que participan; una entidad pública, o sujeto de derecho público; y un gestor privado, es decir un sujeto de derecho privado. a continuación, se estudiará los mencionados sujetos, pues a partir de su estudio se los podrá conceptualizar y conocer sus responsabilidades en el marco del contrato de gestión delegada.

La entidad delegante. - La Ley de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas la define:

“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.”

Según el reglamento a la ley APP, en su artículo 28: “las entidades delegantes son las Administraciones públicas titulares de la competencia a ser delegada”.

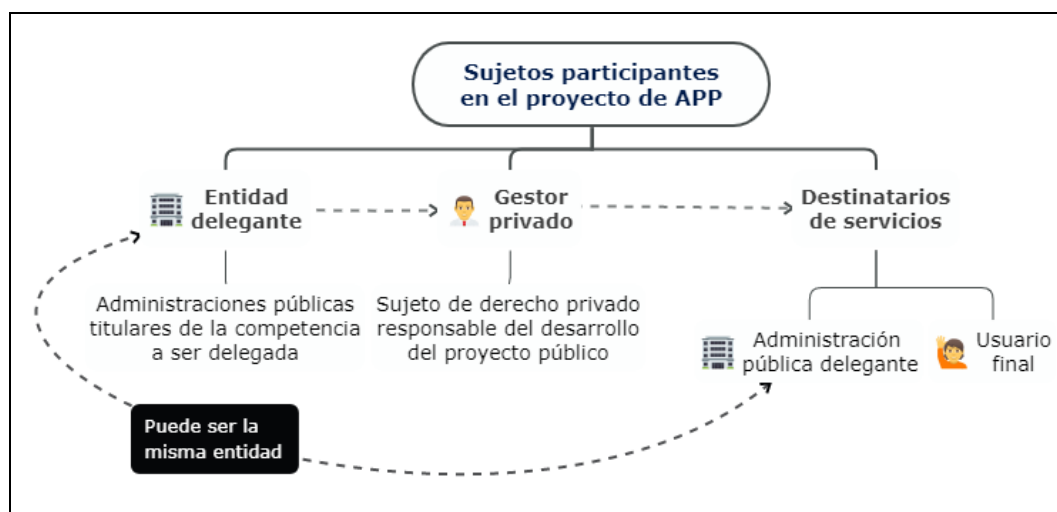
Además, según la LOIAPP y su reglamento, este sujeto tendrá las siguientes responsabilidades:

- Evaluación de: proyectos públicos, aspectos precontractuales y contractuales, la adjudicación y suscripción de contratos de gestión delegada.
- Administración y supervisión de los contratos de gestión delegada.
- Requerir al Comité Interinstitucional la aprobación del proyecto público.
- Requerir al Comité Interinstitucional la aplicación de los incentivos y beneficios legales.
- Desarrollo de cada etapa de un proyecto APP, salvo en el caso de que la otra normativa por excepción atribula competencias específicas.

- Identificar e informar al Comité APP las trabas que afecten el desarrollo de los proyectos.

Gestor privado. - El artículo 10 de la LOIAPP lo define como: “sujeto de derecho privado responsable del desarrollo del proyecto público”. De la misma definición del artículo 10 de la LOIAPP, así como del reglamento a la ley de APP, se puede colegir que este sujeto tiene las siguientes responsabilidades:

- El desarrollo del proyecto público.
- Contar con un RUC específico para la ejecución del proyecto.
- Ser el sujeto pasivo para el efecto de pago de tributos.
- Emplear sistemas de los que se originen entidades de participación mixta, cuando lo requiera el delegante.



3: Sujetos participantes en el proyecto de APP. Elaboración propia

b. Sobre la naturaleza jurídica del gestor privado.-

Cuando se utiliza el término naturaleza jurídica Pérez Contreras, en el libro de Derecho de familia y sucesiones, se refiere a: “las características, connotación, elementos esenciales y de existencia, así como al estado de la cuestión de un concepto, figura o institución, en este caso jurídicas” (Pérez Contreras, 2010).

La importancia del análisis de la naturaleza jurídica de una entidad, institución u organismo; en este caso el gestor privado; radica en que a partir de su análisis se va a determinar el régimen jurídico aplicable.

El artículo 29 del Reglamento APP dispone que el sector privado, por regla general, será una compañía anónima constituida de acuerdo al trámite establecido en la Ley de Compañías, y con propósito específico para atender el proyecto público cuya gestión se delega. Del análisis de esta disposición queda claro que al ser requisito haberse constituido una compañía anónima este sujeto es de naturaleza jurídica de derecho privado.

En el mismo artículo 29 en su primer inciso, a continuación, aclara que a la regla general, cabe como excepción que dependiendo de la naturaleza del proyecto a desarrollarse el gestor privado podría tomar otra figura legal siempre y cuando se determine en el pliego de bases elaborado por el delegante. Por lo que en otras palabras podría decirse que quien tiene la facultad para preparar y determinar la naturaleza jurídica del contratista es el delegante a través del pliego de bases administrativas en la fase precontractual.

El reglamento APP prevé también el supuesto de que, por requerimiento del delegante se necesiten sistemas de los que se originen entidades de participación mixta, el contrato deberá contener los mismos términos en la relación entre los sujetos.

c. Un objeto plúrimo.-

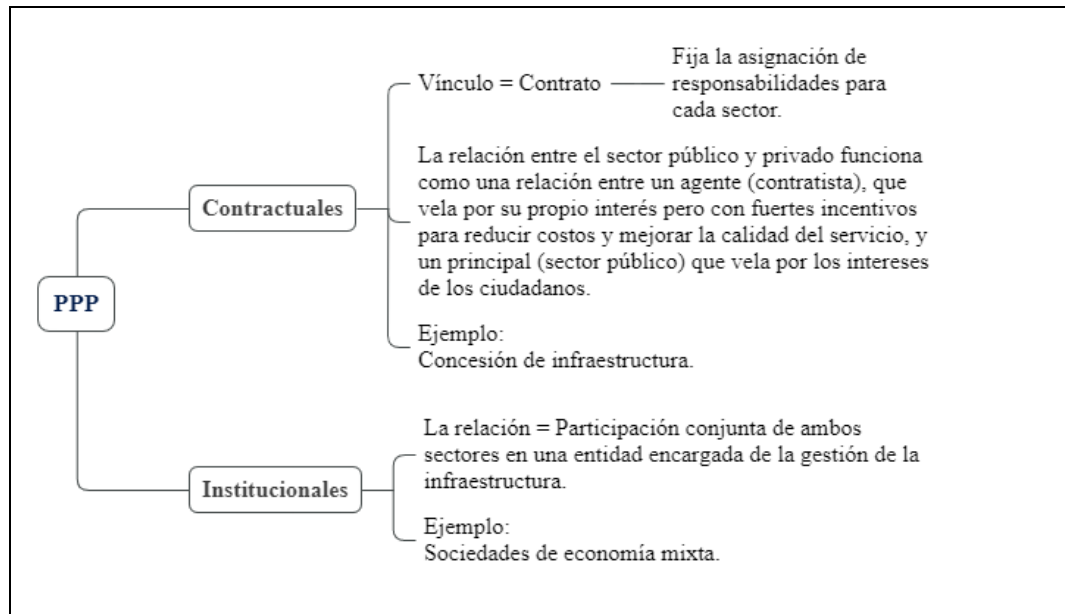
Partiremos afirmando que las prestaciones que han de proporcionar los sujetos participantes son dificultosas y requieren de fórmulas creativas, pues existen diversos y numerosos tipos de prestaciones; como, por ejemplo: la financiación, la construcción, el mantenimiento de bienes y la prestación de servicios. Estos motivos hacen que la ideal regulación sobre las APP, deje abierta el objeto del contrato, con la finalidad de permitir cualquier tipo de prestación por parte de los sujetos participantes (González García, 2006).

d. Modalidades de Asociaciones Público Privadas. -

En la clasificación doctrinaria vamos a encontrar diversas modalidades de APP que dependerán de diferentes criterios clasificadores como, por ejemplo: la complejidad del proyecto, el alcance de la prestación del servicio público, etc. a continuación vamos a analizar

algunas clasificaciones que se han considerado importantes por los efectos que estas pueden generar.

El Libro Verde sobre PPP de la Comisión Europea las clasifica en: Contractuales e Interinstitucionales.

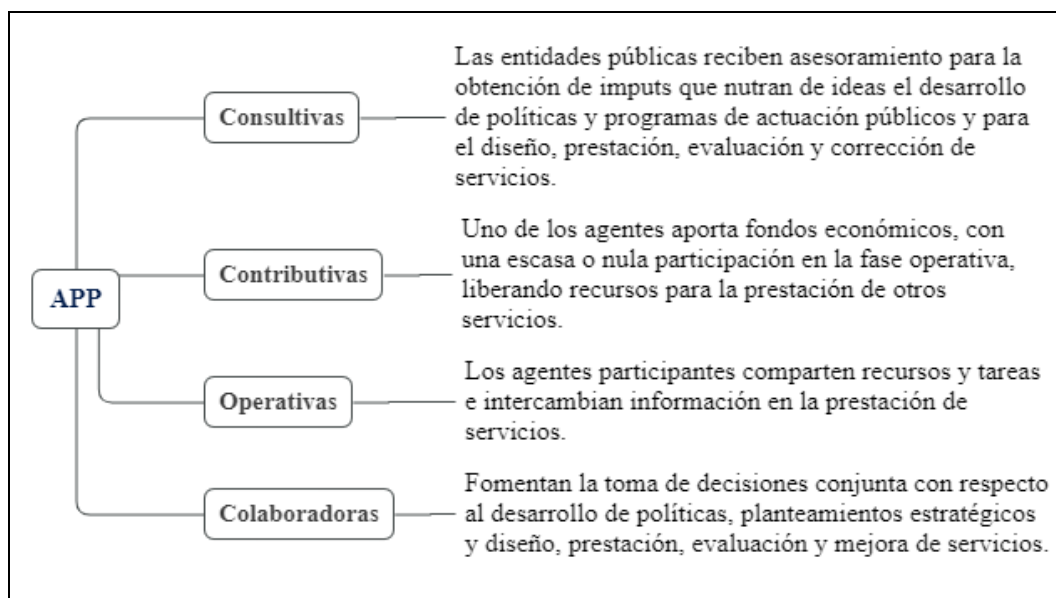


4. Clasificación sobre PPP de la Comisión Europea. Elaboración propia

El análisis de esta clasificación resulta importante para diferencias entre los términos: APP (el género) y la contrato de concesión (la especie); pues mientras el primero se refiere a una relación justa y eficiente; el segundo, hace referencia a la propiedad pública del bien o servicio que se quiere prestar, y la relación entre estos dos sectores (Vassallo Magro & Izquierdo de Bartolomé, 2010).

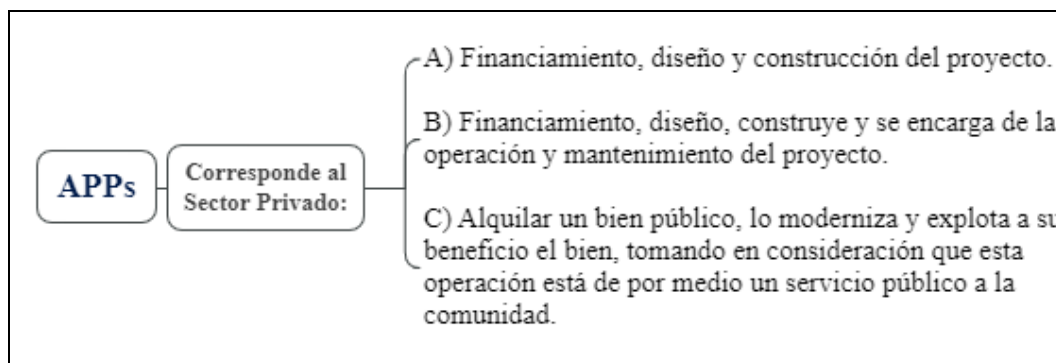
Sobre las APP institucionales, el autor Ysa clara que: “no siempre es necesario dotar de personalidad jurídica a dicha colaboración, pues en gran medida dependerá de la naturaleza del proyecto, del sector y de los objetivos que se persigan, para determinar la viabilidad de constituir una personalidad jurídica” (Ysa, 2009).

Según el tipo de participación que tengan las partes, el autor José Acerete, trae la siguiente clasificación:



5. Clasificación APP de Eduardo Acerete. Elaboración propia.

De una forma muy general se puede tomar la siguiente clasificación doctrinaria en donde se establecen las siguientes modalidades en función de las clases de compromiso del sector privado:



6. Clasificación de APPs del sector Privado según Lorena Carrera. Elaboración propia.

Otra clasificación interesante nace a partir de los diferentes contratos de APP celebrados en una amplia variedad de sectores, según Alborta Guillermo; Stevenson Claudia y Triana Sergio, en su obra “Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro” (2011), los diversos esquemas contractuales se pueden clasificar de la siguiente forma:

Modalidad:	Descripcion:
Contratos de	El Estado contrata la prestación de un servicio determinado,

<p>prestacion de servicios.</p>	<p>pero mantiene la propiedad. Puede haber la asignación de riesgos de acuerdo con el esquema contractual.</p> <p><i>Ejemplo:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Contratos de mantenimiento de carreteras por niveles de servicio.
<p>Contratos de administracion.</p>	<p>Un bien público es operado y administrado por un agente del sector privado pero con un esquema de utilidades y riesgos compartidos.</p> <p><i>Ejemplo:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Contrato de administración de una empresa de agua potable.
<p>Concesiones.</p>	<p>El Estado concede el derecho al usufructo de un bien a cambio de un acuerdo económico entre las partes por un periodo determinado.</p> <p><i>Ejemplo:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Concesiones aeroportuarias o de carreteras.
<p>BOT (Construir – Mantener – Operar – Transferir).</p>	<p>El operador privado realizará la construcción, mantenimiento y operación de un bien; la propiedad se mantiene con el Estado o regresa a el al finalizar el proceso.</p> <p><i>Ejemplo:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Constricción de un hospital.
<p>Cooperativas</p>	<p>Son organizaciones comunitarias que se asocian con instituciones públicas para apoyar un bien común.</p> <p><i>Ejemplo:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • El Estado realiza un pago o contribución a una organización local, basado en indicadores de desempeño.

Asociaciones a riesgo compartido.	<p>Los agentes públicos y privados se asocian a través de una compañía mixta y comparten riesgos, costos y utilidades.</p> <p><i>Ejemplo:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Se crea una compañía para construir una carretera.
--	--

7. Clasificación de esquemas contractuales. *Elaboración propia*

Como podemos ver en estos esquemas según la doctrina existen varias modalidades de APP, como los cuadros que pudimos apreciar; estas modalidades incluso dependerán del ordenamiento jurídico que las contenga, esta variedad doctrinaria puede generar dificultades al tratar de adaptarlas a la normativa, como dejar afuera opciones eficientes e innovadores (Carrera, 2019).

F. Conclusiones. -

Tras la crisis del modelo de Estado benefactor surge el modelo de Estado relacional, el cual reconoce la dicotomía de lo público y privado, pero plantea que a través de la colaboración activa de la sociedad se puedan asumir entre estos y dar respuesta las necesidades de la sociedad.

En relación al desarrollo histórico de las APP, este comienza en Europa y es una evolución que aparece a finales del siglo XIX con el Decreto Real sobre la “Instrucción de Obras Públicas de 10 de octubre de 1854”, a través del cual facultaba a las empresas gestionar directamente obras públicas. En el caso ecuatoriano, en consonancia con el paso de los modelos de Estado: liberal, benefactor y de colaboración; en el 2008 se creó una constitución que comprende un sistema económico social y solidario en donde el sector público se fortalece y predomina sobre el sector privado; pero en el 2017 debido a la baja del precio del petróleo el presidente Correa propone una iniciativa de un “Proyecto de Ley de Incentivos para las Asociaciones Público – Privadas”, que aporta ciertos conceptos y regula el régimen de las APP.

También se puede aseverar que no existe una definición integral de APP, y que esta va a definir de la legislación que la regule; por ejemplo, en los países anglosajones hacen referencia a un esquema contractual en donde estará reflejada toda la relación entre el Público y el Privado. En el caso del Ecuador, a partir de la definición de la Ley APP, se podría colegir

no son contratos sino una modalidad de la delegación de la gestión del Estado que estas pueden ser instrumentadas en un contrato.

Debido a las limitaciones fiscales del Estado, a la necesidad de construcción de infraestructura socialmente necesaria, y la amplia experiencia del sector privado, resulta necesario una estructura APP, en donde opere un sujeto de derecho privado en las diversos y numerosos tipos de prestaciones.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN JURÍDICO ECUATORIANO.

A. La institucionalidad: ¿Una necesidad actual?

De la relación entre el sujeto de derecho público y el de derecho privado, surgen varias necesidades como: establecer políticas claras en materia de APP; o contar con amplia información sobre los proyectos de inversión, en donde el inversionista pueda absolver sus consultas relacionadas con los procedimientos; la formulación de estrategias a largo plazo; la selección de proyectos bajo criterios técnicos; los procesos de licitación; la evaluación de las APP; etc. (Alborta, Stevenson, & Triana, 2011).

A esta problemática se requiere instaurar un conjunto de normas y órganos que manejen estas asociaciones con el sector privado; en otras palabras se necesita de instituciones con funcionarios con nivel de capacidad para planificar, proveer, ejecutar y monitorear las APP; y fortalecer marcos jurídicos estables a largo plazo. Incluso debido a la especialidad que puede llegar a existir en esta forma de delegación de la gestión, es necesario contar con una estructura institucional reservada para las APP, incluso fortalecida con la cooperación de los ministerios sectoriales (Alborta, Stevenson, & Triana, 2011).

En el caso del Ecuador, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas (2015), se crea el “Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas”, una institución intersectorial en el sentido de que se debía apoyar elementos de coordinación y cooperación entre sus miembros. Entre las atribuciones de este comité están: definir los sectores en los que se promoverá el empleo de las APP, aprobar las propuestas de APP del Gobierno Central y su régimen de incentivos, aprobar el régimen de incentivos de los proyectos APP propuestos por los GAD, determinar políticas y directrices para aplicación de beneficios previstos en la LOIAPP, entre los más importantes.

Por otro lado el presidente de la República Guillermo Lasso (2021) en el desarrollo del “Ecuador Open For Business 2021”, que fue el primer gran foro internacional de inversiones, en su primer panel el Consejero Presidencial de Inversiones y Alianzas Público Privadas Roberto Salas había anunciado la creación de una secretaría de APP y de gestión delegada en el Ecuador, que con la finalidad de coordinación interinstitucional para poder priorizar

proyectos, estructurarlos, y ejecutarlos a largo plazo. Por consiguiente, con fecha 3 de diciembre de 2021 con el decreto número 260 se crea la Secretaría Técnica de Asociaciones Público Privadas y de Gestión Delegada con el objetivo de: “coordinar y articular acciones interinstitucionales para atraer, facilitar, concretar y mantener las inversiones privadas, asociadas a la generación de infraestructura y prestación de servicios públicos a través de las distintas modalidades de gestión delegada”. Y entre sus competencias y atribuciones están: Coordinar la ejecución de políticas relacionadas con las inversiones de APP, promover la participación del sector financiero, asesorar al Presidente de la República en materia de APP y gestión delegada.

B. La delegación de la gestión. -

El Estado tiene una razón de ser, que es la prosecución del bien común, que se traduce en satisfacer necesidades públicas o de interés comunitario. Para cumplir este objetivo ha de utilizar, dentro de las funciones administrativas, los servicios públicos. Roberto Dromi dice: “El servicio público trata de las prestaciones públicas o cometidos estatales que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros...”. El Estado es el principal gestor del bien común, pero no el único; pues la organización administrativa también está compuesta por entes públicos no estatales, los cuales reciben la competencia por delegación, o autorización, y se convierten en gestores de los servicios públicos (Dromi, 2001).

La delegación de competencia según Agustín Gordillo: “es una decisión del órgano administrativo a quien legalmente aquella le corresponde, por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior”, en otras palabras, con este medio jurídico el órgano estatal puede desgravarse temporalmente de la competencia, pero no implica renuncia ni desgravarse de la responsabilidad respecto como se ejecute (Gordillo, 2013).

Sobre la admisibilidad de la delegación, vamos a partir del principio de inderogabilidad, es decir que por regla general la competencia inexcusablemente debe ser ejercida por el órgano facultado por la ley; salvo que, en la misma, la delegación este expresamente permitida (Gordillo, 2013).

Respecto nuestra legislación, en primer lugar, se hará un análisis de los artículos de nuestra carta fundamental, en lo relacionado a las Asociaciones Público Privadas. El artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador, sobre la administración, regulación, control y

gestión de los sectores estratégicos, dice:

“El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

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.”

Sobre la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios públicos, el artículo 314 de la constitución sostiene:

“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.

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.”

En este sentido, de estos artículos citados se podría colegir que el Estado se reserva el régimen de la prestación de los servicios públicos, así como de los sectores estratégicos, el derecho de administrar, controlar y gestionar. En principio se podría decir que esta aptitud del Estado de obrar, al estar expresamente otorgada por una norma, es inderogable e improrrogable; aunque, a esa generalidad podrían darse lugar ciertas excepciones, como viene a ser el caso de la delegación (Gordillo, 2013).

La delegación es un medio jurídico para que el órgano de la administración pueda desgravarse temporalmente de una competencia determinada; en palabras de Gordillo: “no implica renunciar definitivamente a la competencia – y ello no sería por otra parte

jurídicamente posible-; no implica tampoco desentenderse de la responsabilidad originaria que el órgano titular de la competencia tiene respecto a la forma en que la misma se ejercite” (Gordillo, 2013).

Además, el artículo 316 de nuestra constitución hace referencia a la delegación de participación en los sectores estratégicos y servicios públicos, y señala:

“Art. 316.- 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.”

En otras palabras, en este artículo se establecen dos casos delegación; en primer lugar están las empresas mixtas en las que el Estado tenga la mayoría accionaria; y por el otro lado se refiere a la iniciativa del sector privado, en donde se establece un régimen por el cual, de manera excepcional, se lo pueda transferir la prestación del servicio público y también de actividades vinculadas con sectores estratégicos, respecto de las cuales también existe una reserva, es un proceso de delegación de carácter excepcional para los casos que determine la ley.

Cuando entra en vigencia el Código Orgánico Administrativo (2017), en su capítulo sobre el ejercicio de las competencias, viene a regular la delegación de la gestión a sujetos de derecho privado. Y además aclara que esta delegación en ningún caso supone la cesión titularidad de la competencia. Este cuerpo normativo en su artículo 74 sostiene:

“Cuando sea necesario, en forma excepcional y motivada, 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 con mayoría pública, el Estado o sus instituciones podrán delegar a sujetos de derecho privado, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos, sin perjuicio de las normas previstas en la ley respectiva del sector. [...]”

En este primer inciso se dan algunos presupuestos para que se pueda delegar la gestión de servicios públicos o sectores estratégicos a sujetos de derecho privado, pues se tendrá que

buscar los criterios de excepcionalidad de acuerdo a la norma especializada para cada uno de ellos, los mismos que son detallados en la siguiente tabla:

Sector o servicio:	Criterios de excepcionalidad:
Refinación de hidrocarburos	Ley de Hidrocarburos.- Art. 69.- El Ministro del ramo está facultado para declarar la excepcionalidad requerida para la delegación a la iniciativa privada de las actividades de importación, almacenamiento, distribución y comercialización de derivados de los hidrocarburos, para cuyo efecto establecerá los procedimientos y mecanismos mediante Acuerdo Ministerial.
Espectro radioeléctrico Telecomunicaciones	Ley Orgánica de Telecomunicaciones: “Art. 15.- Delegación.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para otorgar títulos habilitantes por delegación, considerará lo siguiente: [...] c. Para la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, se otorgarán títulos habilitantes para la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones y para el uso del espectro radioeléctrico asociado a dicha provisión, en los siguientes casos: 1. Cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general; 2. Cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria; 3. Cuando el Estado no tenga la capacidad técnica o económica; 4. Cuando los servicios de telecomunicaciones se estén prestando en régimen de competencia por empresas públicas y privadas de telecomunicaciones; 5. Cuando sea necesario para promover la competencia en un determinado mercado; y, 6. Para garantizar el derecho de los usuarios a disponer de servicios públicos de telecomunicaciones de óptima calidad

	a precios y tarifas equitativas. No se requiere la concurrencia de causas para la delegación.”
El agua	<p>Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua: Art. 7.- Actividades en el sector estratégico del agua.- La prestación del servicio público del agua es exclusivamente pública o comunitaria. Excepcionalmente podrán participar la iniciativa privada y la economía popular y solidaria, en los siguientes casos:</p> <p>a) Declaratoria de emergencia adoptada por la autoridad competente, de conformidad con el ordenamiento jurídico; o,</p> <p>b) Desarrollo de subprocesos de la administración del servicio público cuando la autoridad competente no tenga las condiciones técnicas o financieras para hacerlo. El plazo máximo será de diez años, previa auditoría.</p>
Recursos naturales no renovables.	Ley de Minería.- Art. 1.- [...] El Estado podrá delegar su participación en el sector minero, a empresas mixtas mineras en las cuales tenga mayoría accionaria, o a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, para la prospección, exploración y explotación, o el beneficio, fundición y refinación, si fuere el caso, además de la comercialización interna o externa de sustancias minerales.
Energía renovable	Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica: “Art. 25.- El Estado, por intermedio del Ministerio rector de energía y electricidad, podrá delegar, de forma excepcional, a empresas de capital privado, así como a empresas de economía popular y solidaria, y empresas estatales de la comunidad internacional la participación en las actividades del sector eléctrico, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea necesario para satisfacer el interés público, colectivo o general; 2. Cuando la demanda del servicio no

	<p>pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas; o, 3. Cuando se trate de proyectos que utilicen energías renovables no convencionales que no consten en el Plan Maestro de Electricidad.”</p>
--	---

8. *Gestión de servicios públicos o sectores estratégicos a sujetos de derecho privado. Elaboración propia.*

En el caso de que no hubiese ley especial que establezca criterios de excepcionalidad para la delegación de la gestión de un servicio público o un sector estratégico, se deberán aplicar las normas previstas en el artículo 77 del mismo COA:

“Art. 77.- Gestión a sectores estratégicos o servicios públicos. Cuando la gestión se refiera a sectores estratégicos o servicios públicos, la participación pública se ajustará al régimen constitucional, en la materia.

Cuando la ley especial no haya determinado la excepcionalidad de modo general, le corresponde al Presidente de la República, dicha calificación.

Cuando las normas jurídicas locales no hayan determinado la excepcionalidad de modo general, en los servicios públicos a cargo de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, le corresponde esta calificación a su máxima autoridad administrativa.”

El inciso segundo se refiere a que el Presidente de la República será quién, mediante decreto ejecutivo, calificará la excepcionalidad para la delegación de la gestión a un sujeto de derecho privado. En esto coincide con el artículo 21 de la LOIAPP en su numeral 21.1: “Es potestad del Presidente de la República simplificarlos, en el ámbito de la Función Ejecutiva, mediante decreto ejecutivo”.

Así como en el caso de la prestación de servicios públicos, en el caso de los GADS, que por lo general están pautados por ordenanzas, donde la calificación le corresponde a la máxima autoridad administrativa. Y la simplificación de trámites administrativos le corresponderá a órgano colegiado competente.

La instrumentación de este tipo de contratación se lo va a plasmar en un contrato de gestión delegada, en donde se va a precisar los términos, condiciones, derechos y obligaciones a las que se comprometen el gestor privado con el delegante (Moyano Lucio, 2021).

C. Objeto de los contratos de gestión delegada: El Proyecto Público. -

En el capítulo anterior, cuando analizábamos las prestaciones que han de proporcionar los sujetos participantes, decíamos que eran dificultosas y requieren de fórmulas creativas, pues tenían un objeto plúrimo. Existen diversos y numerosos tipos de prestaciones; motivo por el cual resulta ideal que regulación sobre las Asociaciones Público Privadas, con la finalidad de permitir cualquier tipo de prestación por parte de los sujetos participantes, deje abierto el objeto del contrato, (González García, 2006).

En el Ecuador al ser los contratos de gestión delegada los instrumentos a través de los cuales se estipulan las APP, resulta concordante que su normativa comprenda un objeto abierto, que a mi criterio es el caso de la LOIAPP. Según el artículo 13 de la LOIAPP son objeto de los contratos de gestión delegada los proyectos públicos desarrollados en los sectores de interés general. Además el mismo artículo trata de definirlos como:

“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”.

A estos proyectos públicos, el artículo 14 del mismo cuerpo normativo los clasifica de la siguiente manera:

Objeto	Prestación	Requisitos:
Obra pública <i>nueva</i> para la provisión de un servicio de interés general.	Construcción	
	Equipamiento	Cuando se lo requiera
	Operación	
	Mantenimiento	
	Rehabilitación	
	Mejora	

Obra pública <i>existente</i> para la provisión de un servicio de interés general	Equipamiento	Cuando se lo requiera
	Operación	
	Mantenimiento	
	Equipamiento	Cuando la inversión requerida para este propósito sea sustancial
	Operación	
	Mantenimiento	
	Operación	Cuando se justifique mejoras sustanciales en esta materia a través de la participación privada en la gestión
	Mantenimiento	
Proyectos inmobiliarios, vivienda de interés social y obras de desarrollo urbano	Construcción y	Siempre que sean calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional
	Comercialización	
Actividades productivas, de investigación y desarrollo	Desarrollo	Siempre que sean calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional
Los demás		Que sean calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional

9. Tipos de Proyectos Públicos. Elaboración propia.

D. La sujeción a un procedimiento especial.-

La contratación pública comprende: la contratación pública tradicional y la contratación

pública no tradicional; según las Directivas de la Unión Europea en esta materia, todo proceso de contratación pública debe regirse por los siguientes pilares fundamentales (Rebollo Fuente, 2009):

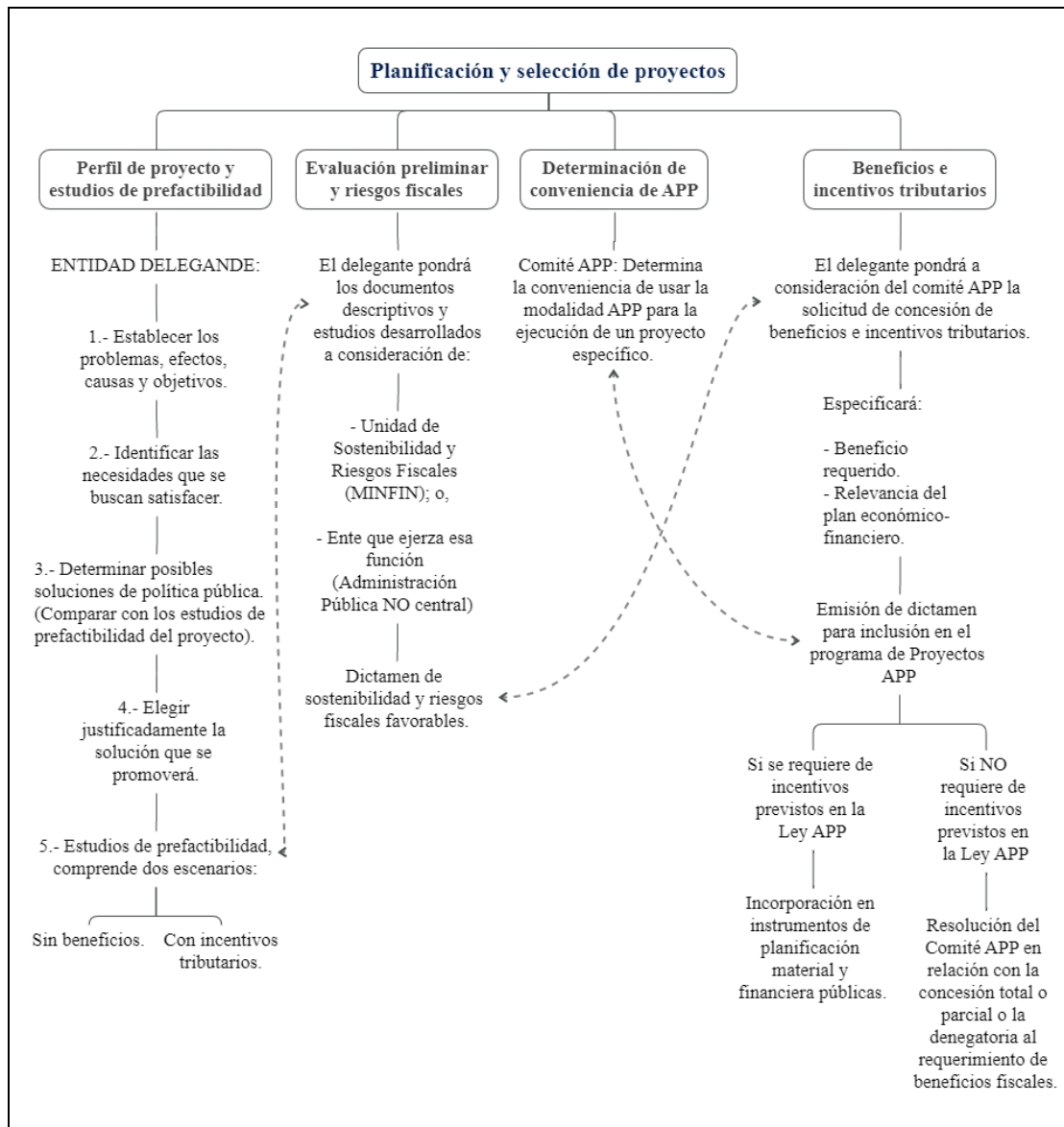
- a) Publicidad.
- b) Igualdad.
- c) Concurrencia.
- d) Transparencia.
- e) Confidencialidad.

La contratación pública tradicional abarca los procedimientos determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como su respectivo reglamento. Para el caso de la contratación pública no tradicional, esta se instrumenta en base a otro mecanismo distinto al de la tradicional, pero rigiéndose por los principios establecidos en la LOSNCP, este es el caso de las Asociaciones Público Privadas; en este caso las entidades públicas para recibir el aporte del gestor privado, se someterán a la Ley de Incentivos para las Asociaciones Público – Privadas, su reglamento, el Código Orgánico Administrativo, y en algunos casos el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

E. Aspectos de la fase precontractual. -

De conformidad con el artículo 9 de la LOIAPP, por regla general, la iniciativa de un proyecto de APP le corresponde a la entidad delegante, aunque el artículo 11 del mismo cuerpo normativo determina que podría ser propuesto por el sujeto de derecho privado, pero que la entidad delegante no está obligada a acoger la iniciativa.

A continuación, en el marco del ciclo del proyecto de APP y el procedimiento administrativo, en el siguiente gráfico se ilustra la sección primera del capítulo IV del reglamento APP, en lo que se refiere a la fase precontractual.



10. Fase precontractual de proyectos APP. Elaboración propia

F. Aspectos clave de la fase de estructuración. -

Sobre esta fase, según la sección II el capítulo IV del Reglamento para Asociaciones Publico Privadas, tiene inicio a partir de la ejecución de actos o contratos para el desarrollo de estudios a nivel factibilidad y evaluaciones de orden social, técnico, ambiental y económico – financiero del proyecto de Asociación Publico - Privada.

En primer lugar, deberán realizarse los estudios de factibilidad; además se formularán los pliegos de bases, y documentos contractuales; el reglamento APP, en su artículo 55, establece requisitos básicos que deberán contener los pliegos; la entidad delegante, para recoger

observaciones y recomendaciones, deberá promocionar el proyecto dentro de un proceso de sondeo de mercado. Una vez realizados los estudios, la entidad delegante declarará la viabilidad del proyecto.

Además, de conformidad con el artículo 57 del Reglamento APP, le corresponde al delegante requerir el informe favorable de la secretaría técnica del Comité APP, y el dictamen de sostenibilidad y riesgos fiscales, que emite la Unidad de Sostenibilidad y Riesgos Fiscales y es un requisito previo.

Otro requisito para la convocatoria a concurso público es el certificado de compromiso fiscal, y le corresponde emitir al Ministerio de Finanzas. De la emisión de este certificado, sin perjuicio de lo previsto en la norma expedida por el ente rector de las finanzas públicas, desprenden los siguientes efectos: (a) Los montos comprometidos se presupuestarán como gasto; (b) el delegante debe considerar los montos comprometidos en su calendario de planificación material y financiera.

La etapa de estructuración concluye con la declaratoria de excepcionalidad; aquí corresponde recordar el literal B del capítulo segundo del presente trabajo, pues decía que para que se pueda delegar la gestión de servicios públicos o sectores estratégicos a sujetos de derecho privado, se tendrá que buscar los criterios de excepcionalidad de acuerdo a la norma sectorial para cada uno de ellos; pero en el caso de no existir norma sectorial, según el artículo 77 del Código Orgánico Administrativo, corresponde la calificación al Presidente de la República, a través de decreto; o a la máxima autoridad administrativa, en el caso de los GAD.

G. Aspectos de la fase contractual. -

En el siguiente esquema se explica la sección tercera del capítulo IV del Reglamento APP, titulada “Concurso Público y Contratación” en lo que se refiere a la fase de selección del delegado hasta la suscripción del contrato de gestión delegada.

**Fase de Contratación:
La Selección de Gestor Privado.**

**Convocatoria a
Concurso Público**

Delegante Formulará:
Pliegos y términos contractuales.

(Se podrá solicitar y realizar aclaraciones,
las mismas que serán comunicadas a los
participantes)

Publicación

Promoción

Concurso Público Ordinario

Concurso Público con
Precalificación de Interesados

Presentación
de oferta
(Fases escalonadas
de evaluación)

Fase de
Calificación Previa

Convocatoria a
oferentes elegibles.

Presentación
de oferta

**Nombramiento de
Comité de Contratación**

Nombramiento del comité de
contratación por la máxima
autoridad de la entidad delegante

El comité aplicará las bases
previstas en el pliego

Establecerá lista de prelación
de las ofertas.

Consideración de resultados
por la autoridad competente.

**Resolución del
Delegante**

Adjudicación
del contrato

Notificación a
oferentes

Publicación en
Registro APP

Especificación de criterios
y resultados de aplicación.

Declara desierto
el concurso público.

Notificación a
oferentes

Publicación en
Registro APP

**Suscripción del
Contrato**

El delegante convoca al
oferente adjudicatario
para la suscripción del contrato.

11. Fase contractual de Proyectos APP. Elaboración propia.

CAPITULO III

ACTUALIDAD Y DESARROLLO DE LAS ASOCIACIONES

PÚBLICO – PRIVADAS.

A. Situación actual. -

En el foro *Ecuador Open for Business 2021*, en el panel sobre el nuevo modelo de Asociaciones Público Privadas, el asesor en APP Richard Cabello, sobre la situación actual expuso que, América Latina en los primeros seis meses del año 2021, se distinguió por ser la región que más ha movilizadado inversiones por medio de APP, con 14,5 billones de dólares que representan el 41% del monto total movilizadado globalmente. De este monto de inversiones existe una fuerte concentración en Brasil, pues el 88% se han realizado solamente en Brasil. Además, sostiene que esto es una oportunidad para los otros países de la región ya que los inversionistas también buscan diversificar riesgo (Cabello, 2021).

En algunos países las Asociaciones Publico Privadas han permitido una dinámica positiva entre el delegante y el sujeto privado, incluso a más de la provisión de infraestructura de vialidad, han incursionado en sectores poco tradicionales de servicios como: los carcelarios, salud, educación, deporte, etc. (Alborta, Stevenson, & Triana, 2011), veamos algunos ejemplos:

País	Sector	Descripción
México	Salud	La Secretaría de Salud Federal de México desarrolla el Sistema de Hospitales Regionales de Alta Especialidad. Es un conjunto variable de especialidades y subespecialidades que atenderá pacientes de alta y baja complejidad.
México	Educación	La Universidad Politécnica San Luis Potosí, que ya cuenta con infraestructura, es una APP con duración de 20 años que tiene como objeto la construcción, equipamiento, financiamiento y gestión de servicios no

		asistenciales para 5.000 estudiantes.
Australia	Servicios carcelarios	Construcción y restauración de infraestructura carcelaria con capacidad para 740 camas.
Chile	Energético	Tiene como finalidad expandir la red de distribución a zonas rurales mediante concesiones y subsidios.
Brasil	Deportivo	Para la Copa Mundial 2014, desarrolló la construcción de estados, sistema de transporte (aeropuertos y carreteras), redes de agua y residuos.

12. Desarrollo de las APP en diferentes países. Elaboración propia.

En el Ecuador, la administración pública plantea a las APP como un instrumento eficaz de provisión de infraestructura de transporte en diferentes modos, por ejemplo, encontramos experiencia APP en: carreteras, puertos, aeropuertos, etc. En un informe del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, con número MTOP-SDSTOP-2021-574-ME (2021) se hace referencia a un análisis integral a la Red Vial Estatal, se ha considerado la factibilidad de administrar por delegación varios corredores detallados en el siguiente cuadro:

PROYECTO	CONCEPTO DEL PROYECTO	LONGITUD TOTAL
1. BUENA FE - BABAHOYO - JUJÁN	DISEÑO, FINANCIAMIENTO, REHABILITACIÓN, AMPLIACIÓN A 4 CARRILES, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO.	135 KM
2. CUMBE - CUENCA - AZOGUES - BIBLIAN	DISEÑO, FINANCIAMIENTO, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN Y	59 KM

	MANTENIMIENTO DEL CORREDOR	
3. MONTECRISTI - LA CADENA	AMPLIACIÓN PARCIAL A 4 CARRILES, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO	103 KM
4. LOJA – CATAMAYO	AMPLIACIÓN A 3 CARRILES, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO	32 KM
5. DAULE – PROGRESO	OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO	91 KM
6. TABABELA – CUSUBAMBA	OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO	24 KM
7. CUENCA – MOLLETURO PUERTO INCA	DELEGACIÓN PARA - REHABILITACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO	120 KM
8. CUENCA - GIRÓN – PASAJE	OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO	148 KM
9. AMBATO - GUARANDA BABAHOYO	DELEGACIÓN PARA - REHABILITACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO	197 KM
10. PIFO - Y DE BAEZA	OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO	71 KM
11. DESCANSO - GUALACEO – PAUTE	OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO	37 KM

12. LAGO – COCA	OPERACIÓN MANTENIMIENTO	Y	70 KM
13. AMBATO - BAÑOS – PUYO	OPERACIÓN MANTENIMIENTO	Y	99 KM
14. PORTOVIEJO – QUEVEDO	OPERACIÓN MANTENIMIENTO	Y	148 KM
15. AEROPUERTO DE MANTA	OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO		N/A
16. VIADUCTO SUR GUAYAQUIL	CONSTRUCCIÓN – OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO		32 KM
17. PUERTO DE ESMERALDAS	FINANCIAMIENTO, CONSTRUCCIÓN, OPERACIÓN MANTENIMIENTO	Y	N/A

13. Información recolectada de la Resolución MTOP-SDSTOP-2021-574-ME.

B. Análisis de un proyecto de Asociación Público Privada. –

El 19 de julio de 2011, el presidente Rafael Correa a través del Decreto Ejecutivo N. 810 expide el Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación, mismo que aún se encuentra vigente, y guardaba concordancia con el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones publicado en el año 2010; esta normativa facultaba al Estado a proveer y gestionar de manera integral el servicio de transporte. Además, estableció que en las modalidades de delegación se deben utilizar procedimientos de concurso público.

De la información que reposa en la Asamblea Nacional, resultado de requerimientos de información realizadas a los funcionarios públicos consta que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte y Obras Públicas para la inversión y mantenimiento de la Red Vial Estatal, ejecuta un modelo de gestión sostenible, con este modelo se preveía hasta 2021

delegar alrededor del treinta por ciento de la Red Vial Estatal – RVE, a gestores del sector privado.

Entre los proyectos vía APP se encuentra el de DISEÑO, FINANCIAMIENTO, CONSTRUCCIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL DEL CORREDOR CUMBE – CUENCA (ACCESO SUR A CUENCA) – AZOGUES – BIBLIÁN, que será objeto de análisis. Vale mencionar que la ejecución de este proyecto contempla la construcción de un nuevo tramo denominado: “Acceso Sur a Cuenca”, la construcción de distribuidores de tráfico, mantenimiento periódico y rutinario y, la operación a través de la construcción de estaciones peaje.

A continuación, en la siguiente matriz se detalla algunas fases del mencionado proceso hasta su adjudicación:

Fecha	Acontecimientos
15 – noviembre – 2019	El Comité de Gestión Delegada se pronuncia sobre el proyecto APP, sosteniendo que su objeto no apunta a la obtención de financiamiento del Presupuesto general del Estado, por tanto, el trámite debe continuar por la vía regular.
21 – julio – 2020	El MTOP declaró la viabilidad y aprobó el proyecto en base a los informes de viabilidad técnico, económico – financiero y jurídico.
05 – agosto – 2020	El presidente Lenin Moreno decreta autorizar con carácter excepcional la delegación al sector privado del Proyecto APP.
18 – agosto – 2020	Se conforma la Comisión Técnica para llevar adelante el procedimiento de Concurso Público Internacional bajo la modalidad de concesión.

19 – agosto – 2020	La Comisión Técnica revisó y aprobó el pliego del proyecto y recomendó convocar a concurso público.
20 – agosto – 2020	El MTOP inició el concurso público internacional.
18 – diciembre – 2020	La Comisión Técnica dejó constancia que solo se recibió una oferta que corresponde a la empresa Hidalgo e Hidalgo S.A.
18 – enero – 2021	Se inicio la etapa de negociación con el oferente habilitado.
16 – marzo – 2021	Se adjudica la ejecución del proyecto al oferente Hidalgo e Hidalgo S.A.

14. Cronograma del Proyecto APP hasta la adjudicación. Elaboración propia.

De la revisión de la matriz se puede observar que el procedimiento, aunque similar al determinado en el Reglamento APP (2020), es distinto; esto se debe a que a la fecha en que se inició el proceso de contratación, aun no se encontraba vigente. Ahora en lo que se refiere al contrato como el instrumento, se revisará las características más importantes:

- a) Sobre los sujetos que intervienen. - Por una parte, está la entidad delegante, en este caso el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, como entidad dependiente de la administración central; y la entidad gestora, que en este caso es una compañía, ya constituida.
- b) Sobre el objeto. – Abarca: (i) La planificación y Diseño. (ii) El Financiamiento del Proyecto. (iii) La Construcción de las Obras y el mantenimiento de la vía. (iv) La operación y aprovechamiento de las infraestructuras e instalaciones. (v) Mantenimiento y conservación de las obras. (vi) La reversión de la administración de la Concesión; siendo claro que el objeto es plural.
- c) Sobre las estipulaciones generales. – En relación a las obligaciones de la Sociedad Gestora, están la de asumir el riesgo, la inversión, los gastos y costos que se requieran para la ejecución del Proyecto; cabe recordar que la asunción del riesgo

es una característica de la concesión; y, la inversión es una característica que desprende del concepto legal de APP.

- d) La vigencia del contrato es de larga duración, pues son 30 años contados desde la suscripción del contrato.
- e) Se establece que los bienes afectos a la concesión son de dominio público, empero se reconoce el uso y explotación a la sociedad gestora.

C. Beneficios de las Asociaciones Publico – Privadas. –

Las Asociaciones Publico Privadas muestran varios beneficios, Javier Robalino presenta algunos beneficios que cito a continuación:

- a) “Permite promover la coordinación y gestión conjunta de proyectos entre el sector privado y el público.
- b) Fomenta la compatibilización de intereses de los sectores públicos y privados.
- c) Permite la coexistencia de las fortalezas de los sectores público y privado.
- d) Fomenta la sostenibilidad de los proyectos, evitando reacciones extremas a favor o en contra del sector privado o del sector público” (Robalino Orellana, 2010).

Adicionalmente, hay beneficios tangibles, como la promoción de la competencia entre los sujetos intervinientes en los proyectos de APP o, el surgimiento de gestores privados con capacidad técnica – financiera para planificar, construir, ejecutar y operar en nuevos sectores (Botero Chica, 2017).

En el caso ecuatoriano, la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera (2015), tiene como objetivo el establecimiento de incentivos para la ejecución de proyectos APP y, entre sus disposiciones reformativas comprende algunos beneficios tributarios como:

“La exoneración del impuesto a la renta por ingresos provenientes de inversiones de tiempo mayor a 360 días para el financiamiento de proyectos APP; y exoneración por 10 años contados a partir del primer año en el que el ingreso sea obtenido, por dividendos o utilidades distribuidas a socios o beneficiarios. (...) La exoneración del impuesto a la salida de divisas por pagos efectuados al exterior” (Gallegos, 2016).

D. Limitaciones de las Asociaciones Público – Privadas. –

Una de las limitaciones a las que se refiere la doctrina, es que en las diferentes legislaciones no cuentan con normas y reglas claras, (Botero Chica, 2017); en el caso del Ecuador, cabe indicar que, a partir de diciembre de 2010 entró en vigencia el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, y su artículo 100 disponía la excepcionalidad en los siguientes términos:

“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”.

Es decir, desde aquel entonces ya se hablaba de la delegación de la gestión a sujetos de derecho privado y en la actualidad se cuenta con una Ley APP, un reglamento APP, y decretos ejecutivos vigentes como el Decreto N. 810 o el Decreto N. 582 que reglamentan la delegación y la colaboración público privada, con lo que se demuestra que si existe normativa al respecto. (Garcés, 2018).

Por su parte Javier Robalino (2010), expresa que una de las limitantes para la inversión en el país es la falta de normativa jurídica que existe respecto a la aplicación de APP lo que produce inseguridad jurídica; empero sobre esta limitación, María Fernanda Garcés (2018) en una entrevista señala que la Ley APP en su artículo 15 prevé la estabilidad jurídica del contrato de gestión delegada, que consiste en hacer extensiva la estabilidad a los aspectos regulatorios sectoriales; y por otro lado, que en los contratos se deberán incluir obligatoriamente cláusulas en relación a la caducidad, causales de terminación, y las demás que establezca la ley, justificando así que la normativa aplicable para el tema si existe.

Conclusiones. –

Se puede concluir que, en la actualidad, el desarrollo de las APP a nivel de Latinoamérica en especial Brasil, ha sido utilizadas como herramientas para mover grandes inversiones, y han incursionado en sectores poco tradicionales; en el caso particular del Ecuador, se las plantea en su mayoría únicamente para provisión de infraestructura para servicios de transporte.

Asimismo, de la revisión de la página del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, se encuentran los procesos de Asociaciones Publico – Privadas, pero del análisis de estos, se puede colegir que aún no se han celebrado APP mediante el procedimiento previsto en el Reglamento para Asociaciones Publico – Privadas que entró en vigencia en el 2020; sino únicamente en contratos de concesión es donde el gestor privado asume los riesgos del proyecto.

Por su parte, respecto de los beneficios de las APP, estas herramientas permiten la coordinación, gestión conjunta de proyectos, así como de intereses y sinergias de los contratantes. En la legislación ecuatoriana, la Ley de incentivos para las APP prevé incentivos de carácter tributario como la exoneración del impuesto a la renta y a la salida de divisas. Además, si bien es cierto que el empresario para invertir en el Ecuador, exige seguridad jurídica; el marco jurídico ecuatoriano cuenta con la normativa necesaria para prever estabilidad jurídica a los contratos de gestión delegada y establece requisitos mínimos en relación a sus causales de terminación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alborta, G., Stevenson, C., & Triana, S. (2011). *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Baldeón, I. M. (2016). Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano. *FORO Revista de Derecho*, 101-124.
- Baldeón, I. M. (2016). Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano. *Revista de Derecho*, 101-124.
- Bloomgarden, D., & Maruyama, A. (2008). *Retrospectives Infrastructure and Public-Private Partnerships in Latin America and the Caribbean*. Washington, D.C.: Fomin.
- Bobbio, N. (2010). *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Botero Chica, C. A. (2017). *IMPORTANCIA Y PERSPECTIVAS DE LAS ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS EN EL MUNDO, LATINOAMÉRICA Y COLOMBIA*. Medellín: Trilogía Ciencia Tecnología Sociedad.
- Cabello, R. (18 de Noviembre de 2021). El nuevo modelo de Asociaciones Público Privadas. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Carrera, L. (2019). *Limitaciones en la normativa de las asociaciones público-privadas en el Ecuador*. Quito: Repositorio Institucional UASB-DIGITAL.
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires.
- Escobar, L. (2017). *Las alianzas público privadas como una alternativa para el desarrollo sostenible de las regiones*. Medellín.
- Farge Collazos, C. (2007). El Estado de bienestar. *Enfoques*, 45-54.
- Gallegos, J. C. (21 de Julio de 2016). *GALLEGOS VALAREZO & NEIRA ABOGADOS & CONSULTORES*. Obtenido de GALLEGOS VALAREZO & NEIRA ABOGADOS & CONSULTORES: <https://www.blita.com/es/noticias/ecuador-alianzas-publico-privadas>

- Garcés, M. F. (6 de Abril de 2018). Asociaciones Público Privadas. (E. Khalife, Entrevistador)
- González García, J. (2006). CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. *Revista de Administración Pública*, 7-39.
- Gordillo, A. A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Hidalgo de los Santos, V., & Reyes, D. (2016). Sostenibilidad fiscal. Prioridad en la agenda de transformaciones del modelo económico cubano. *Investigación Económica*, 155-184.
- Moyano Lucio, M. (2021). *Cumplimiento de los fines de las empresas públicas a través de las alianzas público - privadas*. Quito: Repositorio Institucional UASB - DIGITAL.
- OCDE, O. p. (2010). *Dedicated Public Partnership Units. A Survey of Institutional and Governance Structures*. París: OCDE.
- Oleas, D. (2017). Las Asociaciones público-privadas en el contexto de los gobiernos intermedios. En D. Oleas, *Alianzas público-privadas y desarrollo territorial*. (págs. 13-34). Quito: ABYA-YALA.
- Parejo Alfonso, L. (2010). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Pérez Contreras, M. d. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. Mexico. D.F.: Nostra Ediciones.
- Públicas, M. d. (Diciembre de 2021). *Asamblea Nacional*. Obtenido de Asamblea Nacional: <http://unidadfiscalizacion.asambleanacional.gob.ec/businesscenter/faces/paginas/solicitudesinformacion/report.xhtml?report=irPeriodByAssemblyman>
- Rebollo Fuente, A. (2009). *Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general*. Madrid: Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos.
- Robalino Orellana, J. (2010). Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para la contratación administrativa en Latinoamérica. *FORO Revista de Derecho*, 97-108.
- Rosado Pacheco, S. (2010). La instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845. (Una contribución al estudio de la potestad reglamentaria en España). *ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL*, 689-714.

- Vassallo Magro, J. M., & Izquierdo de Bartolomé, R. (2010). *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Corporación Andina de Fomento.
- Vernis Doménech, A. (2005). Asociaciones entre lo público y lo privado: en búsqueda de al complementariedad. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 1-25.
- Vernis, A., & Mendoza, X. (2009). Una aproximación a la conceptualización del nuevo rol del Estado: el Estado relacional. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 1-18.
- Ysa, T. (2009). *La gestión de participaciones público-privados: tipologías y retos de futura" La colaboración público privada y la creación del valor público*. Barcelona: Diputación Barcelona.