

## Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano

*Inés María Baldeón Barriga\**

### RESUMEN

En la presente investigación analizo las asociaciones público privadas en Ecuador a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera (LOIAPP) y de su Reglamento General de Aplicación. La investigación se divide en 4 capítulos, en los que señalo aspectos generales, características, marco jurídico y principios de las APP en el ámbito nacional y en el derecho comparado, los proyectos públicos posibles de ser desarrollados y los incentivos que se proponen. Se concluye sobre una posible falta de certeza y seguridad jurídica, ya que, a más de no tener una ley de APP, propiamente dicha, y de que el Reglamento General generaría más dudas que certezas, hay un marco jurídico que potencia un “estado empresario” con una participación privada residual, que podría hacer inviables los proyectos APP, por un mayor costo del dinero.

**PALABRAS CLAVE:** APP, Estado, ente delegante, gestor privado, proyectos públicos; Contratación Pública.

### ABSTRACT

In this research I analyze the Public Private Partnerships (PPP) in Ecuador from the enactment of the Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera (LOIAPP) and its General Regulations. The research was divided into 4 chapters, in which I pointed general aspects, main characteristics, legal framework and principles of PPPs at the national level and in comparative law. Also includes an analysis of possible public projects to be developed and proposed incentives. The article concludes by expressing concerns about a possible lack of legal certainty and security not only because at the moment in Ecuador doesn't exist an APP Law, and the actual General Regulation generate more doubts than certainties, but, there is a legal framework that promotes

---

\* Directora general del grupo empresarial CEAS, y catedrática universitaria.

a “Entrepreneurial State” with a residual private participation, which could make unviable the PPP projects, because of the higher cost of money.

KEYWORDS: APPs, State, delegating body, private manager, public projects, public procurement.

FORO

## INTRODUCCIÓN

### ASPECTOS GENERALES Y JUSTIFICATIVOS

Para una correcta inversión pública, sea de carácter económico, social o gubernamental, se requiere que los proyectos correspondientes se analicen y evalúen, para determinar: su pertinencia socioeconómica, su prioridad y la modalidad de ejecución más eficiente; todo ello orientado a beneficiar a la sociedad en la asignación eficiente de recursos y en el logro de su desarrollo integral y a largo plazo.

En consecuencia, la mejora y el fortalecimiento de la infraestructura pública, considerada como riqueza acumulada para la inversión de capital, es uno de los requerimientos básicos y urgentes para el desarrollo de América Latina, y por ello también de Ecuador, entre otros, por los siguientes motivos: una insuficiencia crónica de recursos públicos, agravada en épocas de crisis; y una contracción de la economía por factores internos y externos; el crecimiento de las ciudades;<sup>1</sup> la competencia global de las economías; la necesidad creciente de fuentes de empleo formal; el reto de superar la pobreza y la desigualdad de oportunidades; la relación positiva entre la disponibilidad de cierta infraestructura (telecomunicaciones, energía, caminos y acceso a agua potable) y el crecimiento del PIB per cápita; y el efecto positivo de la infraestructura pública en la inversión privada, entre otros.<sup>2</sup>

1. Miguel Bratos M., *La colaboración público-privada para la revitalización socioeconómica de las ciudades: ¿un modelo de futuro?* (Valladolid: Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2011).
2. Martínez Daniel Vieitez y otros, *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*, Tecnológico de Monterrey, curso edición noviembre 2015 a abril 2016.

## DIFERENCIA ENTRE CONTRATACIÓN PÚBLICA “TRADICIONAL” Y LAS APP

Todo lo expuesto en el apartado anterior implica analizar diferentes mecanismos considerados en general como instrumentos de política pública, tales como la Contratación Pública “tradicional” que satisface la necesidad de obras, bienes y servicios requeridos por el Estado y generalmente financiados con recursos públicos; pero existe otro tipo instrumental que forma parte de la Contratación Pública, que es considerado “no tradicional” y en el cual están incluidas las asociaciones público privadas (APP) que permiten la intervención y participación de la gestión privada y dentro de ella del financiamiento total o parcial de los proyectos con recursos privados.<sup>3</sup>

Para diferenciar la Contratación Pública “tradicional” de la “no tradicional” (APP), se presenta el siguiente cuadro que marca la diferencia de la una con la otra:

Modalidad tradicional PASA DE:	Modalidad APP A:
Contratista	Socio
Obras físicas	Servicios públicos
Inversión	Inversión, operación, mantenimiento
Outputs (actividades orientadas a producir un resultado)	Outcomes (resultados y el impacto producido)

Sin embargo, sin importar si se trata de un esquema “tradicional” o de una APP, esta última siendo parte en general de la Contratación Pública, debe observar sus principios rectores: transparencia, legalidad, trato justo, libre concurrencia, entre los más destacados, porque en cualquier caso se trata del manejo de recursos públicos, o por cuanto, aunque se utilicen recursos dados por el gestor privado, estos finalmente terminarán siendo pagados por los usuarios finales sea a través de cuotas o tarifas, o de los mismos recursos fiscales, verificando la disponibilidad y el uso de los servicios.<sup>4</sup>

Así mismo, no se podría optar por una modalidad APP, en detrimento de una modalidad “tradicional” si lo único que se busca es financiamiento para la ejecución de

- 
3. Bernardino Benito, “Evaluación de los sistemas alternativos público privados para la financiación de infraestructuras”, *Ekonomiaz*, No. 63 (2006): 14-37.
  4. Carolina Blasco D., “Cuestiones esenciales del análisis jurídico financiero de las fórmulas de colaboración público privada en la financiación de obras y servicios públicos en España”, *Pecunia*, No. 8, Universidad de Burgos (2009): 17-70.

los proyectos de infraestructura física; porque tratándose de dicha necesidad, en lugar de una APP, debería optarse por una contratación pública tradicional, donde entre los requisitos a prever en el pliego se incluya la necesidad de valorar la oferta de financiamiento por parte del contratista; señalándose además que si solo se requiriese la ejecución de una obra física tampoco se estaría hablando de una modalidad APP, ya que esta, como se verá más adelante, conlleva un pago final por la operación y mantenimiento de una infraestructura operada y mantenida por el gestor privado, es decir, se paga en definitiva por un “empaquetado”, cuyo producto final es el servicio prestado que se paga, en verificación de su disponibilidad y uso. También hay que considerar que los modelos de estructuración de APP conllevan costos importantes, por lo cual se sugiere que estos conlleven montos de ejecución relevantes (los especialistas técnicos financieros sugieren que sean de al menos 20 millones de dólares) y generalmente períodos de ejecución de largo plazo.<sup>5</sup>

## DIFERENCIA ENTRE PRIVATIZACIÓN Y APP

Obvio está que tanto en la APP como en una privatización hay la confluencia de dos partes, una pública y otra privada; sin embargo, se tratan de esquemas distintos; pues en el caso de la propiedad de los activos públicos, en un esquema privatizador, estos se transfieren al sector privado; mientras que, en un modelo APP, se da una relación contractual continua entre el público y el privado, en la que el activo podría ser de propiedad privada y permanecer como tal o no una vez concluido el plazo contractual.

Así mismo, en cuanto a la responsabilidad y rendición de cuentas, en el caso de la APP se mantiene en última instancia en el sector público, mientras que en un modelo privatizador la responsabilidad se transfiere al sector privado (por ser propietario de un bien ahora de dominio privado y prestador de un servicio) independientemente de las facultades normativas y reguladoras que la ley en la materia reserve al Estado.<sup>6</sup>

---

5. Luis Míguez M., “Las formas de colaboración público privada en el Derecho Español”, *Revista de Administración Pública*, No. 175, Madrid (2008): 157-215.

6. Vieitez y otros, *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*.

## CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS DIFERENCIADORAS BÁSICAS Y PRINCIPIOS DE LAS APP

### CONCEPTO

La APP como tal es el término genérico, teniendo a la concesión como una de las modalidades específicas y como principal antecedente.<sup>7</sup>

La APP adopta diferentes nombres, tipos y modalidades,<sup>8</sup> pero en general la doctrina<sup>9</sup> la considera como una alternativa para la provisión (diseño, construcción, operación y mantenimiento) y el financiamiento de infraestructuras públicas.<sup>10</sup> El artículo 8 de la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera<sup>11</sup> del Ecuador señala que la APP es una modalidad de gestión delegada, a través de la cual el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado que ejecute un proyecto específico y otorgue financiamiento total o parcial en la provisión de bienes, obras o servicios, a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo.

La APP, en general, es entonces aquella en la que el ente privado se compromete con el ente público contratante<sup>12</sup> a: 1. Diseñar, construir, ampliar y/o rehabilitar una infraestructura pública, incluido su equipamiento; 2. Operar dicha infraestructura (el activo), incluidos su mantenimiento y conservación;<sup>13</sup> 3. Asumir buena parte de los riesgos financieros y técnicos, tanto en la etapa de construcción como de operación; 4. Recibir un retorno sobre su inversión a través de pagos a lo largo de la vida del contrato, con base en los ingresos del proyecto, provenientes ya sea de cuotas o tarifas a los usuarios, de pagos del ente público contratante por la disponibilidad y/o uso de la infraestructura y sus servicios inherentes, o de una combinación de dichas fuentes de

- 
7. Carlos Prados, “La articulación del concepto de ‘colaboración’ desde el punto de vista del ordenamiento administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 142 (2009): 251-288.
  8. En México a las APP se las conoce como Proyectos de Prestación de Servicios (PPS) y como Concesiones; y, en el Reino Unido, como Iniciativa de Financiamiento Privado (Private Finance Initiative).
  9. Tamyko Ysa, “La gestión de partenariados público privados: tipologías y retos de futuro”, en *La colaboración público-privada y la creación de valor público* (s. l.: Diputación de Barcelona, 2009).
  10. Aunque algunos especialistas consideran que la APP puede ser un mecanismo de provisión y financiamiento, o solo de provisión sin que haga falta el financiamiento, sin embargo la legislación ecuatoriana considera que para que haya una estructura APP el gestor privado siempre debe dar financiamiento, sea este, total o parcial.
  11. Expedida el 18 de diciembre de 2015 con *R.O. Suplemento*, No. 652.
  12. José A. Moreno Molina, “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en España”, *Revista TCEMG*, vol. 33, No. 4 (2015): 17-34.
  13. Marisol Esteban G. “La Colaboración Público Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional”, *Ekonomiaz*, No. 63 (2006).

ingresos; y 5. Revertir o transferir el activo, según el caso, al ente público contratante al vencimiento del plazo del contrato.<sup>14</sup>

Es decir, la APP es esencialmente una forma de contratación a largo plazo de *servicios públicos “en paquete”*, en donde no se paga por la obra en sí, sino por la disponibilidad y/o uso del servicio inherente a la operación de dicha obra por un plazo determinado, conforme a los precios y estándares de calidad establecidos contractualmente; de ahí que, en la APP, el ente público transfiera al ente privado los riesgos inherentes a todo el proceso de construcción y provisión de un servicio, porque estos pueden ser manejados de manera más eficiente.<sup>15</sup>

### CARACTERÍSTICAS DIFERENCIADORAS

Las características diferenciadoras de una APP<sup>16</sup> podrían resumirse en las siguientes: Relación de larga duración: 1. Reparto de funciones y responsabilidades. El privado financia total o parcialmente el proyecto y opera la infraestructura. El público garantiza sobre todo estabilidad jurídica; 2. Adecuada distribución de riesgos; 3. Valor por dinero. Ganancia para las partes: Para el sector público: menor costo (por la eficiencia, experiencia, especialización, e innovación que aporta el sector privado) y la posibilidad de potenciar en el corto plazo el impacto en inversión pública de recursos públicos escasos; y para el sector privado: emprender e invertir.<sup>17</sup>

Ingresos de un proyecto.<sup>18</sup> A más de lo señalado en el acápite precedente, hay que indicar que los ingresos del proyecto durante la etapa de operación, pueden provenir de: 1. Pagos por disponibilidad y/o uso del servicio que realice el gobierno, por conducto del ente público contratante, con cargo al presupuesto fiscal; 2. Cuotas o tarifas a los usuarios (ingresos propios del proyecto); 3. Por la combinación de ambas fuentes de ingresos.

---

14. Vieitez y otros, *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*.

15. Carmen Chinchilla M., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 132 (2006): 609-644.

16. Según el Libro Verde sobre la Colaboración Público Privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2004).

17. Estibalitz Moreno, “Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 2, No. 4 (2012).

18. Vieitez y otros, *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*.

De lo dicho se desprende que, en la ejecución de proyectos, pueden existir proyectos tarifables y no tarifables, que se diferencian y definen así por la naturaleza de la infraestructura, el marco jurídico aplicable y las decisiones de política pública conforme al siguiente detalle:

- Proyectos tarifables: En la operación generan ingresos por cuotas o tarifas a usuarios. Pueden ser: *Autofinanciables*: el 100% de los ingresos durante la operación, provienen de cuotas o tarifas a los usuarios y son suficientes para pagar la operación y la amortización de capitales y deudas invertidos; y *No autofinanciables*: las cuotas o tarifas son insuficientes; por lo que el ente público contratante complementará dichos ingresos.
- Proyectos no tarifables: En la etapa de operación no generan ingresos por cuotas o tarifas; por lo que el 100% del ingresos por los servicios prestados provienen de pagos que realiza el ente público contratante, ligados a: disponibilidad y/o uso (demanda) así como a la calidad de los servicios efectivamente prestados por el ente privado.

## PRINCIPIOS RECTORES

Independientemente de los principios que se consagran en el artículo 3 de la LOIAPP y en consideración general del Derecho Comparado, es preciso señalar que los principios rectores que diferencian a una APP de una contratación pública tradicional son los siguientes:

### Reparto de funciones y responsabilidades

En la Contratación Pública tradicional, los riesgos y responsabilidades quedan en manos del sector público. En la APP hay que realizar una adecuada repartición o compartición de los mismos. La compartición no significa, sin embargo, que el ente público pueda transferir todas las actividades, riesgos y responsabilidades al ente privado; ni que este último esté dispuesto a asumir todo ello. Incluso hay facultades y deberes directos establecidos por la Constitución y leyes que no pueden modificarse por arreglos contractuales.<sup>19</sup>

---

19. Estibalitz Moreno, “Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración”.

## **Asignación de riesgos**

Riesgo es la posibilidad de que un hecho suceda y que, de suceder, genere un daño o impacto negativo que afecta en última instancia los costos e ingresos del proyecto.

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

Los riesgos de un proyecto deben: 1. Identificarse, 2. Estimar la probabilidad de que sucedan; 3. Cuantificar su impacto en el plan financiero de todas las fases del proyecto; y 4. Distribuirse entre el ente público y el privado; señalándose que idealmente los riesgos deben asumirse por aquellos que los puedan manejar mejor, es decir, de manera más eficiente.<sup>20</sup>

Generalmente los riesgos financieros, así como aquellos vinculados con los procesos de construcción y operación, son manejados de mejor forma por el ente privado por su mayor experiencia y capacidad tecnológica, de innovación, de gestión, etc. Mientras que el ente público por su parte retendrá los riesgos que el inversionista desarrollador no está dispuesto a asumir o bien aquellos que por su naturaleza e implicaciones jurídicas, debe manejarlos el propio sector público.

En definitiva, la determinación de riesgos a compartir debe constituir un escenario de “ganar-ganar”, para que el proyecto de APP sea viable y conveniente para las dos partes.

## **MARCO JURÍDICO**

### **ASPECTOS GENERALES**

#### **Aspectos generales de Derecho comparado**

Las APP, sin embargo de su desarrollo casi incipiente en Ecuador, no son nuevas en el derecho comparado. De hecho, desde mediados de 1950 comienzan a aparecer

---

20. Vieitez y otros, *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*.



sobre todo en España<sup>21</sup> y Francia<sup>22</sup> que son los países precursores; sin dejar de mencionar a Reino Unido como un país de referencia y estudio obligado por la Iniciativa de Financiamiento Privado (Private Finance Initiative); que es un cierto tipo de APP que contempla contrataciones de largo plazo de servicios públicos con pagos diferidos por disponibilidad y/o uso.

En América, en cambio, comienza a propagarse la APP en su modalidad de concesión, a finales de los años de 1980 e inicios de los de 1990, siendo México el primer país en desarrollar la concesión de carreteras. En Chile en 1991 se aprueba la Ley de Concesiones (carreteras y aeropuertos, infraestructura para justicia, edificación pública autopistas urbanas) y en 1996 se expide su Ley de APP. La mayoría de legislaciones sobre APP fue expedida entre 2008 y 2012 (México y Colombia cuentan con dichas legislaciones en 2012).

La modalidad “británica” de Iniciativa de Financiamiento Privado, que incluye la provisión de servicios públicos de largo plazo con pagos diferidos por disponibilidad y uso, sirvió de base para países como Canadá, Japón, Australia, Sudáfrica, Irlanda, Portugal, Países Bajos, Nueva Zelanda, Rusia, República Checa, España, Francia; y, en diferente medida, también para México, Brasil, Colombia, Perú, Guatemala y Panamá, estos dos últimos países tomando también el modelo chileno de concesiones, que, dicho sea de paso, es antecedente obligado de estudio en la temática que estamos tratando, particularmente en países como Ecuador, Bolivia, Costa Rica, Honduras, El Salvador, Colombia y Uruguay; pero de alguna manera con un alcance que va más allá del término “Concesión”, ya que en algunos casos se usa el término “APP” para reflejar que se aplica en sectores de infraestructura social y en sectores donde es el propio gobierno el que “compra” (paga), mediante contratos a largo plazo, los servicios públicos inherentes a una infraestructura.

El modelo concesional chileno toma como referencia la vinculación de las concesiones con el mercado de capitales, mediante la adquisición de bonos de infraestructura por parte de fondos de pensiones privados y compañías de seguros de vida así como el cobro de peaje en autopistas urbanas.<sup>23</sup>

---

21. Moreno Molina, “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en España”.

22. Francois Bergère, *Le Partertiat Public-Privé en France, Presupuesto y Gasto Público* (s. l.: Instituto de Estudios Fiscales, 2007).

23. Vieitez y otros, *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*.

## Marco jurídico en Ecuador

Desde el 18 de diciembre de 2015 está vigente en Ecuador la LOIAPP, cuyo objeto, según el artículo 1, es: 1. Establecer incentivos para que se ejecuten proyectos bajo la modalidad de APP; 2. Señalar los lineamientos e institucionalidad para que se apliquen dichos proyectos e incentivos; y 3. Establecer incentivos específicos para promover el financiamiento productivo, la inversión nacional y la inversión extranjera.

De la revisión del objeto legal antes indicado, estaría claro que la Ley expedida no es en sí misma una de APP propiamente dicha, ni por su denominación ni por el contenido de su articulado, sino que está orientada a incluir incentivos para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de APP; por lo que –para efectos del análisis propuesto en este trabajo–, habría que revisarse algunos cuerpos normativos de referencia, partiendo de la misma Constitución de la República.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y en observancia del orden jerárquico establecido en el artículo 425 de la Constitución de la República, tendríamos un esquema en el análisis de la temática planteada, constituido de la siguiente manera:

1. La Constitución de la República del Ecuador,<sup>24</sup> a través particularmente del análisis de los artículos 313, 314, 315 y 316.
2. Varias leyes, entre las cuales, destacarían las siguientes:
  - La Ley Orgánica de Incentivos para APP y la Inversión Extranjera (LOIAPP).<sup>25</sup>
  - El Código Orgánico de la Producción (COPCI),<sup>26</sup> a través del análisis del artículo 100.
  - La Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP)<sup>27</sup> en el análisis de los artículos 34, 35 y 36.
  - La Ley de Compañías<sup>28</sup> en cuanto a que el artículo 308 que se refiere a las compañías de economía mixta.
  - El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)<sup>29</sup> en su Título V denominado “Descentralización y Sis-

---

24. Publicada en el *R.O.* 449, 20 de octubre de 2008, cuya última reforma se produjo el 21 de diciembre de 2015.

25. Cuyos datos de expedición ya fueron dados de forma previa en este artículo.

26. Publicado en el *R.O.S.* 351, 29 de diciembre de 2010, con una última reforma producida el 18 de diciembre de 2015 justo a propósito de la expedición de la LOIAPP.

27. Publicada en el *R.O.S.* No. 48, 16 de octubre de 2009, con una última reforma producida el 18 de diciembre de 2015 justo a propósito de la expedición de la LOAIAPP.

28. Publicada en el *R.O.* 312, 5 de noviembre de 1999, con una última reforma de 12 de septiembre de 2014.

29. Publicado en el *R.O.S.* 303, 19 de octubre de 2010.

tema Nacional de Competencias”, Capítulo IV titulado “Del Ejercicio de las Competencias Constitucionales”, el que a partir del artículo 129 incluye la normativa respecto a temas vinculados con delegación por parte de los gobiernos autónomos descentralizados.

- La Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos,<sup>30</sup> que en el artículo 1, letra c), incluye la prestación de servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa privada, entre otras modalidades, mediante la delegación de servicios.
- Leyes sectoriales, como la Ley de Recursos Hídricos, Telecomunicaciones, etc.

### 3. Reglamentos y Decretos Ejecutivos:

- El Decreto Ejecutivo No. 582<sup>31</sup> que contiene el “Régimen de Colaboración Público Privada”, cuyo artículo 1 señala el objeto al que se refiere, indicando que existe la posibilidad de proponer Iniciativas por parte del sector público y privado, en este último caso, sea previa invitación del Promotor Público o por decisión propia, de cualquier persona jurídica o un conjunto de ellas; normativa que incluye un procedimiento de régimen competitivo conocido como “Swiss Challenge”.<sup>32</sup>
- El Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera.<sup>33</sup>
- El Reglamento General a La Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos,<sup>34</sup> que tiene relación con la temática

---

30. Esta ley fue publicada en el *R.O.* No. 349 de 31 de diciembre de 1993, por lo que entró en vigencia y en concordancia con el anterior marco constitucional, es decir de la Constitución de 1998; y que, en consecuencia incluye, en su ámbito, actividades de desmonopolización y privatización, que en dicha lógica, ideológicamente el Gobierno Nacional del Eco. Rafael Correa Delgado ha mencionado a este cuerpo legal dentro de las normas de la denominada “larga noche neoliberal”; sin embargo de lo cual, hasta la fecha no ha sido derogada, y, más bien reconociendo su vigencia, el 12 de septiembre de 2014 (ya en el Gobierno actual) se publicó el *R.O.S.* 332 en el que consta el Código Orgánico Monetario y Financiero, con el que se eliminó el artículo 39 de la Ley de Modernización del Estado, manteniéndose vigente el resto del texto.

31. Publicado en el *R.O.* 453 de 6 de marzo de 2015.

32. José M. Gimeno F., “Reflexiones en torno al procedimiento de Diálogo Competitivo. Fundamento y Perspectiva”, Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad “Hacia una contratación pública eficiente”, REF. DER2012-39003-CQ2-01, Madrid, 2012.

33. Expedido con Decreto Ejecutivo No. 1040 de 23 de mayo de 2016 que contiene 22 artículos, uno de los cuales (art. 3) por el Informe a la Nación dado por el Presidente de la República el 24 de mayo de 2016 no tendría vigencia en la práctica, dada la decisión de eliminar la Secretaría Técnica de APPS.

34. Expedido por DEJ. 2328 en el *R.O.S.* 581 de 2 de diciembre de 1994.

que estamos tratando; y, que fue objeto de varias reformas, dos de ellas producidas en el Gobierno Nacional del Eco. Rafael Correa Delgado.<sup>35</sup>

### *Análisis constitucional*

El artículo 283 de la Constitución de la República de 2008 incluye un cambio sustancial respecto a la Constitución de 1998 al señalar que nuestro sistema económico es social y solidario.

El orden de enunciación constitucional de las formas de organización económica que consagra el mismo artículo 283 y que es distinto al orden enunciado en la Constitución Política de 1998 en mi criterio no es casual, sino que responde a un modelo ideológico político claro,<sup>36</sup> que está vigente, relativo a que la Constitución tiene una orientación fuerte hacia un modelo de fortalecimiento o incluso predominio de lo público sobre lo privado que participaría solo de manera residual, ya que todo el modelo constitucional refleja un criterio de “Estado Empresario” que no daría cabida, sino solo por excepción al sector privado, pues lo público parecería considerarse suficiente para poder cumplir los objetivos de la política pública.

Respecto a lo señalado, el artículo 313 de la Constitución expedida en 2008 dispone que el Estado se *reserva* el derecho de *administrar, regular, controlar y gestionar* los sectores estratégicos, siendo estos aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental; mientras que el artículo 314 Constitucional establece no como reserva sino como *responsabilidad* del Estado la provisión de los servicios públicos de agua potable y riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y los demás que determine la ley, en este último caso, entonces, señalando que existirían otros servicios públicos que serán tales si así son determinados mediante ley.

La facultad constitucional de reserva en mención fue de tal magnitud que generó una confusión grande respecto a su alcance, por lo que tuvo que recurrirse a la Corte Constitucional para que dicho organismo interpretara el alcance constitucional, la que

---

35. En efecto, el Título III “Delegación al sector privado” fue derogado por DEJ. No. 810, publicado en *R.O.* 494 de 19 de julio de 2011, con el que se expidió el Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte; así como se agregó un capítulo titulado: “De la eficiencia de los procedimientos administrativos relacionados con el acceso a la vivienda” por artículo 2 de DEJ. No. 661, publicado en *R.O.S.* 505 de 21 de mayo de 2015.

36. Al respecto hice un análisis extenso que sugiero revisar en el libro de mi autoría titulado: *La Libertad de Empresa y el Derecho de la Competencia en el Marco de la Contratación Pública del Ecuador* (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 47 y s.

a través de la sentencia expedida<sup>37</sup> distinguió y diferenció la gestión propiamente dicha de la administración, regulación y control por el Estado. Del criterio de la Corte Constitucional se dejó en claro que:

- a) La administración, regulación y control de los sectores estratégicos se queda en manos del Estado, por lo que no es susceptible de delegación. En consecuencia, la capacidad regulatoria y de control está exclusivamente en el Estado, a quien le corresponde emitir normas jurídicas (autotutela) así como el ejercicio de actividades de supervisión y control (potestad sancionatoria); pero no solo en los sectores estratégicos sino en toda la actividad administrativa.
- b) La gestión puede ser ejercida conforme se señala a continuación:

1. De forma directa: como “reserva de derecho”, implica que el Estado asume, como un derecho prioritario y preferente, la responsabilidad de su prestación a través de las empresas públicas, tanto la gestión de los sectores estratégicos como, por así disponerlo el artículo 315 de la Constitución, la prestación de servicios públicos; sin que las empresas públicas tengan capacidad para delegar la prestación del servicio público o la gestión del sector estratégico.

2. Por *delegación*:

- Primera forma de gestión delegada, o, como lo señala la Corte Constitucional, de manera secundaria, el Estado (no las empresas públicas como tales) puede delegar la participación en la gestión de los sectores estratégicos y en la prestación de los servicios públicos a las empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria.

Para esta primera forma de delegación no se requiere de calificación previa; las empresas públicas tienen facultad de constituir directamente empresas mixtas (subsidiarias).

- Solo de manera *excepcional* existe una segunda forma de delegación, a favor de la iniciativa privada y de los actores de economía popular y solidaria de la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando haya calificación realizada conforme la Ley (reserva legal).

Las empresas públicas no tendrían capacidad jurídica para decidir la delegación de la gestión o de la prestación de servicios públicos, asunto que es un derecho que se reserva el Estado a través de los organismos de regulación respectivos. Ej. ARCOTEL para actividades de telecomuni-

---

37. Resolución de la Corte Constitucional No. 1, publicada en *Registro Oficial, Suplemento*, 629, 30 de enero de 2012.

caciones; ARCONEL para energía eléctrica; SENAGUA para el sector agua.

En mi criterio, el modelo económico constitucional antes indicado, no tuvo mayor problema cuando existieron por muchos años condiciones de estabilidad y crecimiento económico que combinaron varias medidas de política económica que se fortalecieron también por los altos precios del barril de petróleo; y que llevaron a muchos incluso a referirse a la economía de nuestro país como el “milagro ecuatoriano”. Sin embargo, cuando las circunstancias económicas cambiaron, producidas entre otros motivos por la caída estrepitosa del precio del barril de petróleo, la apreciación del dólar, una estructura estatal pesada, la contracción y encarecimiento del crédito, el incremento del desempleo y subempleo, y ahora por último el terremoto que afectó al país en abril de 2016, entre otros motivos, que afectan directa y negativamente la economía del país, el “milagro” parecería comenzar a “esfumarse” y sería entonces cuando se intenta buscar la participación privada, pero tal vez confundiéndonlo con la búsqueda exclusivamente de financiamiento.

En esta lógica se inscribe inicialmente el Decreto Ejecutivo No. 582, que contiene el “Régimen de Colaboración Público Privada”, cuando las circunstancias económicas comenzaron a complejizarse, pero que se profundizaron a finales de 2015 con la caída estrepitosa de los precios del petróleo (que afectaron en gran medida la ejecución presupuestaria del año fiscal, pues se tenía previsto contar un barril de petróleo de 80 dólares o más y este terminó vendiéndose a menos de 30 dólares), las salvaguardas arancelarias, la apreciación del dólar, una situación económica mundial en general compleja con la desaceleración de potencias como China, embates posibles de la naturaleza, entre otros aspectos, lo cual motivó a que, incluso en contra de muchos criterios ideológicos de algunos miembros del partido político gobernante, se haya expedido casi al finalizar el año 2015 la LOIAPP, que se entendió como una demostración de alguna manera de llamado urgente al sector privado, a contar con su gestión y con sus recursos, aunque, como se ha reflexionado ya en líneas precedentes, no es una Ley de APP propiamente dicha y es más bien una de carácter marco.<sup>38</sup>

---

38. Esta tendencia ha sido una característica legislativa general observada en el Gobierno Nacional del Eco. Rafael Correa Delgado, que se justifica desde la lógica de incluir en los cuerpos legales principios y marcos rectores; para que, a través de los correspondientes reglamentos y sobre todo de la normativa secundaria, se vayan consolidando las estructuras creadas. Así se actuó con respecto a leyes tales como la Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Orgánica de Telecomunicaciones, entre otras.

Comparto este criterio de técnica legislativa en la medida en que, al tratarse de esquemas nuevos y dinámicos, estos deberían gozar de flexibilidad para su desarrollo, la cual no necesariamente se logra con leyes “procedimentales” que implicarían que cualquier reforma deba ser aprobada por la Asamblea Nacional, sino que, a través de cuerpos normativos más flexibles y oportunos, se puedan ir adecuando las estructuras creadas a la casuística que se vaya produciendo, como es el caso de los reglamentos que expide constitucionalmente el Presidente de

La misma lógica “marco” sigue el recientemente expedido Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para las APP y la Inversión Extranjera, que en apenas 22 artículos (uno de los cuales no tiene vigencia práctica por tratarse de una institución suprimida) esboza, sin llegar a precisiones, algunos aspectos adicionales como indicar en su artículo 16 que el valor total acumulado de las obligaciones de carácter firme y contingentes (deuda comprometida para proyectos APP) o sea superior al 5% del valor nominal del PIB estimado por el Banco Central del Ecuador, aunque a la vez le permite al Comité Interinstitucional que aprueba proyectos APP, para que pueda revisar ese límite, previo criterio del Ministerio de Finanzas.

De una revisión general del cuerpo reglamentario en cuestión, causa cierta preocupación el ver que al referirse a la estabilidad jurídica en el contrato de gestión delegada, el artículo 10 del Reglamento en mención disponga que dicha garantía no implica la renuncia del Estado al ejercicio de su capacidad regulatoria, ni tampoco que en dicha estabilidad se incluya la materia tributaria; lo cual puede conllevar que, al elevarse el riesgo por dicho motivo, los proyectos se hagan inviables o muy costosos.

También preocupa el contenido del artículo 12 del mismo cuerpo reglamentario, porque parecería ser, por la redacción de dicha norma, que se pretende que todos los gestores privados de APP sean empresas de nacionalidad ecuatoriana, lo cual podría entenderse desde la lógica del control tributario de los proyectos, pero que en la práctica podría conllevar una dificultad inicial porque no creo que existan empresas nacionales que tengan experiencia y/o solvencia financiera para participar en los procesos concursivos; por lo que se requerirá aclarar, a través de alguna norma, que pueden participar las empresas extranjeras y que solo una vez que puedan ser adjudicadas con un proyecto deban constituir la empresa ecuatoriana (subsidiaria o filial de la matriz), que deberá tener, por disposición de la norma reglamentaria indicada, propósito específico.

En general la definición de “gestor privado” deja mucho que desear porque, a más de lo ya indicado, en el artículo 4 del Reglamento en cuestión se señala como requisito esencial y mínimo que en el Proyecto APP y en el contrato se señale al “gestor privado claramente identificado”. Es obvio que en el proyecto APP que se va a concursar aún no puede identificarse porque recién se lo va a buscar; por lo que tampoco podría entenderse cómo, en ese proyecto inicial, se deba incluir un “esquema de obligaciones bilaterales a largo plazo”. Ello se podría entender solo si se quisiera explicar que, al referirse al “proyecto APP”, el Reglamento está considerando al proyecto de ejecu-

---

la República, o, en general, a través de normas secundarias que expide el órgano rector de la institucionalidad creada; pero dicho esquema legislativo exige, sin lugar a dudas, que la ley “marco” en su caso o el reglamento sean lo suficientemente claros y precisos y no contraríen normas constitucionales ni legales.

ción una vez adjudicado el contrato, y no al “proyecto APP” que se lo diseña para iniciar el concurso de selección del gestor privado.

Tampoco se incluye norma alguna que establezca el procedimiento para la aprobación de proyectos por parte del Comité Interinstitucional, dejando a que sea este el que para el efecto emita “una resolución de carácter general” (art. 6); y tampoco se inserta norma alguna sobre el procedimiento en sí que se debe realizar para efectuar el concurso público de selección del socio privado; por lo que entendería que en dicho caso, se aplicará la frase contenida en el artículo 1 del Reglamento analizado, que dispone que “los temas que no cubra este Reglamento se complementarán con las resoluciones que emanen del Comité Interinstitucional”.<sup>39</sup>

Lo que más preocupa, como corolario del análisis jurídico precedente, es que, en mi criterio, los últimos 9 años, a partir de la propia Constitución de la República, se estructuró un andamiaje jurídico que potenciaría y privilegiaría lo público en desmedro del privado, en el que todas las normas constitucionales y legales estarían hechas de tal manera que el sector privado es subsidiario, porque se habría estructurado una línea de pensamiento de un Estado “omnipotente y omnipresente”, criterio que puede sin duda ser respetado, pero que en momentos como los que vive el país podría resultar complejo para lograr una adecuada, oportuna y necesaria inversión privada nacional y extranjera.

Sin embargo, de lo dicho en el párrafo precedente, no se pretende desconocer que fue necesario “retomar el control del Estado” porque hace 10 años atrás teníamos una realidad en la cual lo “público” no necesariamente tenía el rol que le correspondía y hacía falta entonces un “reacomodo” de fuerzas y posiciones, reduciendo asimetrías, generando criterios de planificación y control, mejorando los esquemas generales del país en los que se privilegie el fortalecimiento de la infraestructura social; pero, una vez resaltado lo positivo de muchos aspectos recorridos en el camino, creería que sería el momento de dar mensajes claros y contundentes de reglas de juego que transmitan confianza y, sobre todo, certeza y seguridad jurídica e institucional, necesarias para hacer viables los proyectos a ser ejecutados para consolidar el desarrollo del país, en esta caso, necesariamente a través de la ayuda e intervención de la gestión privada.

---

39. Sin perjuicio de mi anterior comentario, en el caso del Reglamento, creo que hubiese sido mejor no dejarlo “tan marco”, porque, aunque es entendible la lógica de expedición de normativa secundaria por parte del Comité Interinstitucional, según el avance y experiencia que se adquiriera al respecto, hay criterios y conceptos básicos sobre todo en relación al procedimiento de selección del gestor privado que parecería mejor hubiesen tenido el carácter de norma reglamentaria, por temas de seguridad y estabilidad jurídica.



## PROYECTOS E INCENTIVOS OBJETO DE LA LOIAPP

### Proyectos

Del análisis expuesto en el acápite anterior y de la revisión de las normas constitucionales y legales invocadas, podríamos concluir que se podrán constituir APP y someterse a la LOIAPP los siguientes:

1. Para la gestión de los sectores estratégicos, de forma excepcional a través de la delegación dada a la iniciativa privada, exclusivamente tratándose de nuevos proyectos hidroeléctricos y de energías alternativas, siempre que se cumplan las disposiciones constitucionales y lo dispuesto en el artículo 100 del COPCI.
2. Para la prestación de servicios públicos, solo de forma excepcional, a través de la delegación dada a la iniciativa privada, siempre que se cumplan las disposiciones constitucionales y lo dispuesto en el artículo 100 del COPCI.
3. Para la ejecución de los proyectos públicos constituidos por: 1. servicios de interés general (a los que la doctrina y el derecho comparado los denomina servicios públicos impropios); y 2. por proyectos calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional previsto en la LOIAPP y que, de acuerdo al artículo 14 de la referida Ley, serían los siguientes tipos:

No.	Proyectos públicos
<b>1.</b>	<b>Prestación de servicios de interés general:</b>
	Tipos:
14.1	La construcción (Greenfiel Project), equipamiento, operación y mantenimiento de infraestructura nueva (COT por sus siglas en inglés).
14.2	La rehabilitación (Brownfiel proyect), equipamiento, operación y mantenimiento de infraestructura existente (TCOT por sus siglas en inglés).
14.3	El equipamiento, operación y mantenimiento de infraestructura existente.
14.4	La operación y mantenimiento de infraestructura existente.
<b>2.</b>	<b>La ejecución de proyectos prioritarios calificados así por el Comité Interinstitucional:</b>
	Tipos:
14.5	La ejecución de proyectos inmobiliarios, vivienda de interés social y obras de desarrollo urbano.
14.6	El desarrollo de actividades productivas, de investigación y desarrollo.
14.7	Otras calificadas como prioritarias.

### *Proyectos no sujetos a la LOIAPP*

Los proyectos que no estén comprendidos en los números 1, 2 y 3 precedentes del apartado “Proyectos”, no se sujetarán a la LOIAPP; y, en consecuencia, no gozarán de los incentivos ahí previstos, así se tratasen de modalidades de delegación a privados, incluidas APP distintas, como por ejemplo concesiones, las cuales, dependiendo de su naturaleza o contenido o incluso de quien sea la entidad delegante, se realizarán en observancia y sujeción sea de las leyes sectoriales correspondientes, de la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento General o del mismo Código Orgánico de Organización Territorial (COOTAD) (en tratándose de que los entes delegantes sean gobiernos autónomos descentralizados que no quieran sujetarse al esquema normativo de la LOIAPP), que en dicha lógica no entrarán a la aprobación del Comité Interinstitucional previsto en la LOIAPP ni gozarán de los incentivos ahí incluidos.

### **Incentivos**

Los proyectos de APP que estén comprendidos en los puntos 1, 2 y 3 del apartado “Proyectos” precedente gozarán de los incentivos previstos en la referida Ley, que son de diferente naturaleza y alcance pero que en general se tratan de exenciones al: 1. Impuesto a la renta de las sociedades APP, por el lapso de 10 años contados a partir del primer ejercicio fiscal en el que se generen ingresos operacionales, de conformidad con el Plan Económico Financiero; 2. Impuesto a la salida de divisas; 3. Tributos al comercio exterior (pago de aranceles); y 4. Otros beneficios previstos en la Ley de Régimen Tributario Interno: impuesto a la renta de los dividendos o utilidades que las sociedades APP paguen a sus socios o beneficiarios, cualquiera sea su domicilio (incluso en paraísos fiscales).

### **CONCLUSIONES**

Las diversas modalidades de APP requieren de una sólida *certidumbre jurídica*, porque son generalmente proyectos a largo plazo en los que se cumplen responsabilidades, tareas y compromisos financieros.

Sin embargo de lo expuesto, en mi criterio, podría generar cierto tipo de preocupación el contenido del artículo 15 de la LOIAPP que en su tercer inciso señala que la “estabilidad jurídica no recaerá sobre las normas declaradas inconstitucionales o ilegales por el tribunal competente durante la vigencia de los contratos de gestión delegada”; preocupación que aumenta al revisar el artículo 10 del Reglamento Gene-

ral a dicha Ley, que señala –como ya indiqué en líneas precedentes– que la garantía de estabilidad jurídica no implica la renuncia del Estado al ejercicio de su capacidad regulatoria ni que en materia tributaria haya estabilidad legal. Mi preocupación se da por cuanto una de las responsabilidades que mantiene para sí el sector público –en la distribución de responsabilidades y riesgos en la estructura APP– es la relativa a la expedición de normas y a la certeza de su aplicación. Pero, si las normas que se expiden luego son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales, lo cual según nuestra legislación sería responsabilidad de la Corte Constitucional, presumiría que habrán inversionistas que no se arriesgarían a invertir, por el temor de que luego un juez nacional declare que unas determinadas normas con las cuales se ejecuta el contrato de gestión delegada que fueron expedidas por el propio sector público “no han sido constitucionales”, y ello afecte el clima de inversión y estabilidad económica; que impida que ingrese inversión extranjera o que, si entra, su costo sea por demás elevado. Lo dicho, unido al riesgo que podrían ver los gestores privados en cuanto a la posibilidad “sin límite” de que el Estado tenga capacidad regulatoria sobre proyectos APP o que en materia tributaria no exista dicha estabilidad legal.

En el mismo orden de ideas estaría la reforma No. 6 introducida en la LOIAPP que incluye, luego del artículo 96 del Código Orgánico de la Producción, un innumerado en el que a más de la estabilidad tributaria que garantiza dicho Código, dice que se “podrá” otorgar también estabilidad jurídica de la normativa sectorial específica declarada esencial en contratos de concesión o títulos habilitantes. Comparto el criterio de que las normas con el verbo en “podrá”, al ser facultativas, no incluyen en sí mismas ninguna garantía específica; y en dicha lógica no tienen carácter imperativo; y, más bien, las normas –legal y reglamentaria– antes analizadas, en lugar de lograr el efecto buscado, podrían querer demostrar lo contrario, más cuando la seguridad y certeza jurídica están previstas como principios rectores en la Constitución de la República, como norma de carácter superior.

Por otro lado, no deja de preocupar que no haya claridad respecto a si las empresas públicas por la sentencia de la Corte Constitucional ya analizada en este trabajo de investigación, para entrar en alguna opción de APP solo lo podrían hacer a través de la delegación que deben dar las entidades públicas de las cuales emana la empresa pública, o si, por el contrario, en ejercicio de su amplia capacidad asociativa prevista en los artículos 34, 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sí pueden entrar en procesos de alianzas estratégicas; esta preocupación se ha profundizado por el propio contenido y análisis constitucional realizado a lo largo de este trabajo de investigación.

Para abundar en preocupaciones jurídicas, es indudable que al momento no existe un marco jurídico claro respecto al o los procedimientos que se observarán para el concurso público previsto en la LOIAPP, para escoger al gestor privado; y que, por

otro lado, el proceso previsto para el análisis de iniciativas privadas que contempla el Decreto Ejecutivo 582 parece tedioso y lento, dado que entre la evaluación y la decisión de si se acepta o no un proyecto puede pasar fácilmente al menos un año, con toda una carga –que conlleva costo y tiempo– de papeles que deben ser presentados por el privado que impulse la iniciativa, sin que exista un estímulo para que lo haga, dado que si en el mejor de los casos ganara el proyecto, más bien entraría en una desventaja competitiva, pues si luego él decidiera participar en el proceso de selección del gestor privado no tendría la posibilidad de cobrar por lo trabajado en la etapa de preparación y presentación de la iniciativa.

Parecería también cuestionable la integración del Comité Interinstitucional que solo responde a una visión desde el Ejecutivo, pero que no integra en su seno a ningún representación de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD), lo cual puede hacer que incluso dichos gobiernos no decidan participar en observancia de la LOIAPP, tanto por análisis de carácter político como también de los tiempos asociados a la aprobación por parte del indicado Comité integrado por 3 miembros: el ministro coordinador de la Producción, el ministro coordinador de la Política Económica y el secretario nacional de Planificación (SENPLADES), todos ellos con las atribuciones para aprobar cuanto proyecto APP se le presente, sin distinción de instituciones, tipos, modalidades o montos asociados. En dicha lógica, claro está, los GAD podrían optar por otros mecanismos legales como los contenidos en el propio COOTAD, pero en dicha opción sin poder contar con los beneficios de incentivos previstos en la LOIAPP, que son propios y exclusivos de dicha Ley.

Demás está señalar que todos los hechos indicados pueden generar una mayor incertidumbre jurídica, ante lo cual es posible preverse un mayor costo del dinero (tasa de interés y tasa de retorno) e incluso la negativa a invertir proyectos de largo plazo, lo cual podrá hacer inviables los proyectos APP.

Para finalizar, es preciso señalar que muchos recursos se podrán ahorrar si los primeros pasos para la prospección y perfil de viabilidad de un proyecto de APP se basan en un sólido examen del marco jurídico institucional aplicable; que en metodologías como el INFRASCOPE<sup>40</sup> representan un 25% en cuanto al nivel de certeza y seguridad jurídica que genere el proyecto; más un 20% que corresponde al marco institucional; un 15% a la madurez operativa que incluye métodos y criterios para conceder los proyectos; un 15% al clima de inversión que incluye el análisis de distorsión y voluntad políticas, más un 15% por facilidades financieras que incluyen el análisis del riesgo de impago de los gobiernos; y un 10% final por un factor de ajuste subnacional.

---

40. Desarrollada por The Economist Intelligence Unit Del The Economist con apoyo del FOMIN/BID y del Ministerio de Economía y Hacienda de España.

A propósito, en el Seminario Taller sobre Alianzas Público Privadas organizado por Runachay Rantiy Cía. Ltda., empresa integrante del Grupo CEAS, el 29 de enero de 2016 en Quito, Ecuador, dirigí un ejercicio en aplicación de la metodología INFRASCOPE con un grupo de participantes que incluía al sector público y al sector privado. Los representantes del sector privado, al hacer el ejercicio de un caso real, ponderaron entre un 33 a un 40% los factores de éxito de un proyecto APP en Ecuador; mientras que los representantes del sector público asignaron un porcentaje mayor que en ningún caso superó el 58%; todo lo cual en promedio dejó como criterio general que los factores de éxito en un proyecto APP no superaban en el mejor de los casos un 50%, siendo el componente de mayor desventaja el análisis de la certeza jurídica que, a decir de los participantes, no existía en el país en las condiciones actuales, lo cual se desprendió del análisis jurídico que se desarrolló a lo largo de este artículo.

Por lo expuesto, creo que los interrogantes son varios y en mi criterio no fueron despejados en el recientemente emitido Reglamento General a la LOIAPP, porque es indudable que la situación económica que atraviesa el país nos obliga a todos a hacer un esfuerzo por optimizar la capacidad de gestión tanto de los actores del sector público como de los privados, a través del análisis de mejor conveniencia para el logro de los objetivos estatales y también para que el privado –en su aspiración legítima– resuelva invertir, obtener los réditos previstos y contribuir al desarrollo del país.

Creo que la etapa en la que nos encontramos es de total maduración, de discusión, conocimiento y, sobre todo, de aporte y buena voluntad para lograr los objetivos esperados y, además, para evitar que se produzca el efecto “BANDWAGON”<sup>41</sup> como principal enemigo del contrato de APP, que “implica seguir la corriente de una multitud” sin examinar los méritos de una cosa en particular; por ejemplo, decidir “cerrar la tienda de la contratación pública tradicional” y “abrir la sin discrimen a la APP”, sin análisis de cuál es la mejor estructura o mejor mecanismo; o, por el contrario, “oponerse a rajatabla” en todos los casos a una APP, solo por criterios de oposición política, cuando en el presente caso está en juego el desarrollo mismo del país; por lo tanto, se deben aunar todos los esfuerzos positivos para avanzar con un soporte de carácter profesional objetivo, multidisciplinar y multisectorial.

---

41. Borja Colón de Carvajal F., “El efecto bandwagon como principal enemigo del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Digital CEMCI*, No. 19 (2013).

## BIBLIOGRAFÍA

- Baldeón B., Inés María. *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*. Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015.
- Benito L., Bernardino. “Evaluación de los sistemas alternativos público privados para la financiación de infraestructuras”. *Ekonomiaz*, No. 63 (2006).
- Bergère, Francois. *Le Partertiat Public-Privé en France, Presupuesto y Gasto Público*. s. l.: Instituto de Estudios Fiscales, 2007.
- Blasco D., Carolina. “Cuestiones esenciales del análisis jurídico financiero de las fórmulas de colaboración público privada en la financiación de obras y servicios públicos en España”. *Pecunia*, No. 8, Universidad de Burgos (2009).
- Bratos Martín, Miguel. *La colaboración público privada para la revitalización socioeconómica de las ciudades ¿un modelo de futuro?* Valladolid: Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, 2011.
- Chinchilla M., Carmen, “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 132 (2006).
- Colón de Carvajal F., Borja. “El efecto Bandwagon como principal enemigo del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”. *Revista Digital CEMCI*, No. 19 (2013).
- Esteban G., Marisol. “La Colaboración Público Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional”. *Ekonomiaz*, No. 63 (2006).
- Eur-Lex. *Libro verde sobre la colaboración público privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2004)*. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52004DC0327>>.
- Gimeno F., José M. “Reflexiones en torno al procedimiento de Diálogo Competitivo. Fundamento y Perspectiva”, Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad “Hacia una contratación pública eficiente”. REF. DER2012-39003-CQ2-01. Madrid, 2012.
- Miguez M., Luis. “Las formas de colaboración público privada en el Derecho Español”. *Revista de Administración Pública*, No. 175, Madrid (2008).
- Moreno, Estibalitz. “Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración”. *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 2, No. 4 (2012).
- Moreno Molina, José A. “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en España”. *Revista TCEMG*, vol. 33, No. 4 (2015).
- Prados, Carlos. “La articulación del concepto de ‘colaboración’ desde el punto de vista del ordenamiento administrativo”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 142 (2009).
- The Economist Intelligence Unit, “Guía del Índice y metodología del entorno para asociaciones público privadas en América Latina y el Caribe” (INFRASCOPE), desarrollada

con apoyo del FOMIN/BID y del Ministerio de Economía y Hacienda de España. <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getDocument.aspx?DOCNUM=39560904>>.

Vieitez Martínez, Daniel, y otros. *Módulo I del Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y servicios*. Tecnológico de Monterrey, curso edición noviembre 2015 a abril 2016.

Ysa, Tamyko. “La gestión de partenariados público privados: tipologías y retos de futuro”. En *La colaboración público-privada y la creación de valor público*. s. l.: Diputación de Barcelona. 2009.

## NORMATIVA

*Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)*, publicado en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 303, 19 de octubre de 2010.

*Código Orgánico de la Producción (COPCI)*, publicado en *Registro Oficial, Suplemento* 351, 29 de diciembre de 2010 con una última reforma producida el 18 de diciembre de 2015.

*Constitución de la República del Ecuador*, publicada en *Registro Oficial* 449, 20 de octubre de 2008, cuya última reforma se produjo el 21 de diciembre de 2015.

*Ley de Compañías*, publicada en *Registro Oficial* 312, 5 de noviembre de 1999, con una última reforma de 12 de septiembre de 2014.

*Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos*, publicada en *Registro Oficial*, No. 349, 31 de diciembre de 1993, con varias reformas, la última producida el 12 de septiembre de 2014, publicada en *Registro Oficial, Suplemento* 332.

*Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP)*, publicada en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 48, 16 de octubre de 2009, con una última reforma producida el 18 de diciembre de 2015.

*Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera*, expedida el 18 de diciembre de 2015 con *R.O. Suplemento*, No. 652.

Leyes sectoriales, como la *Ley de Recursos Hídricos*, *Orgánica de Telecomunicaciones*, etc.

Régimen de Colaboración Público Privada contenido en el Decreto Ejecutivo No. 582 publicado en *Registro Oficial* 453, 6 de marzo de 2015.

*Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*, expedido con Decreto Ejecutivo No. 1040, 23 de mayo de 2016.

*Reglamento General a La Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos*, expedido por Decreto Ejecutivo 2328 en *Registro Oficial, Suplemento* 581, 2 de diciembre de 1994, que fue objeto de varias reformas, dos de ellas producidas con Decreto Ejecutivo No. 810, publicado en *Registro Oficial* 494, 19 de julio de 2011, y Decreto Ejecutivo No. 661, publicado en *Registro Oficial, Suplemento* 505, 21 de mayo de 2015.

## **JURISPRUDENCIA**

Sentencia de la Corte Constitucional (Resolución No. 1), publicada en *Registro Oficial, Suplemento* 629, 30 de enero de 2012.

Fecha de recepción: 29 de febrero de 2016

Fecha de aprobación: 5 de mayo de 2016