

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

La viabilidad jurídica de implementar modelos de participación público-privados en el sector de la vialidad en el Ecuador

Luis Eduardo Guillén Martínez

Oswaldo Santos Ab., MDE., Director de Tesis

Tesina para la obtención del título de Máster en Derecho de Empresa

Quito, septiembre de 2015

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN

La viabilidad jurídica de implementar modelos de participación público-privados en el sector de la vialidad en el Ecuador

Luis Eduardo Guillén Martínez

Vladimir Villalba Paredes, Dr, M.A.,
Miembro del Comité de Trabajo de Titulación
Director de la Maestría en Derecho de Empresas _____

Marco Morales, Dr.,
Miembro del Comité de Trabajo de Titulación _____

Juan Pablo Aguilar, Dr.,
Miembro del Comité de Trabajo de Titulación _____

Oswaldo Santos, Ab., MDE.,
Miembro del Comité de Trabajo de Titulación
Director de Tesis _____

Luis Parraguez Ruiz, Dr.,
Decano del Colegio de Jurisprudencia _____

Victor Viteri Breedy, Ph.D.,
Decano del Colegio de Posgrados _____

Quito, septiembre de 2015

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Luis Eduardo Guillén Martínez
C. I.: 1714236260
Lugar y fecha: Quito, septiembre de 2015

DEDICATORIA

A Dios y la Virgen María por ser mis guías, mis protectores y porque sin Ustedes nada y con Ustedes todo.

Mi familia; mis padres y mis hermanos por ser siempre un ejemplo y por todo su apoyo.

Un agradecimiento especial a la USFQ y a todos los profesores que tuve la oportunidad de conocer en este tiempo de estudios, por sus buenos consejos, su profesionalismo y sus enseñanzas.

Y un especial agradecimiento a mi director, Oswaldo Santos por su apoyo durante la elaboración de este trabajo

Luis Eduardo Guillén Martínez

Tabla de contenido

HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN.....	7
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I	13
RÉGIMEN NORMATIVO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS	13
1. Introducción	13
1.1. Servicios públicos	14
1.2. Sector público	19
1.2.1. La gestión público privada.....	21
1.2.2. La contratación.....	22
1.3. Vialidad	24
1.4. Apuntes sobre la cogestión	33
1.5. La coparticipación en Latinoamérica	36
CAPÍTULO II	42
LOS MODELO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADOS	42
2.1. El Modelo público-privado	42
2.2. Origen de la asociación público privada	43
2.3. La coparticipación	44
2.4. Mecanismos legales de coparticipación público-privada	45
2.4.1. La empresa de economía mixta.....	45
2.4.2. El <i>Joint Venture</i>	46
2.4.3. La privatización de empresas y servicios públicos.....	47
2.4.4. La delegación y concesión.....	48
2.5. La Participación Público Privada en el Ecuador	54
2.6. Sujetos que participan en la prestación de los servicios públicos en Ecuador, bajo el modelo de concesión	55
2.6.1. El prestador.....	56
2.6.2. Los usuarios.....	57
2.6.3. Entes de Regulación y Control.....	57
CAPÍTULO III	59
3.1. Hallazgos relevantes	59
3.2. Aplicabilidad del modelo público-privado en el sector de la vialidad en el Ecuador	60

3.3. Factibilidad de la instrumentación de Sistemas de Colaboración Público Privadas en el sector de la viabilidad.....	61
3.4. Referencias (Casos).....	75
3.5. Viabilidad jurídica para la aplicación de los modelos de participación público-privados a la vialidad.....	78
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	84
BIBLIOGRAFÍA.....	85

Índice de gráficos

Gráfico 1 Legislación principal relacionada.....	30
Gráfico 2 Relaciones entre las normas que regulan la gestión de vialidad	32
Gráfico 3 Proyectos viales de carreteras bajo la modalidad de APP por Comunidad Autónoma	39
Gráfico 4 Sectores para aplicación en los diversos mecanismos de coparticipación	61
Gráfico 5 Afectaciones de la red vial estatal al 29 de diciembre de 2014.....	76

Índice de tablas

Tabla 1 Características del servicio público	20
Tabla 2 Distribución de la Red Estatal por Provincias	27
Tabla 3 Legislación secundaria relacionada.....	31
Tabla 4 Sistemas de Colaboración Público Privadas en el sector de la viabilidad.....	62
Tabla 5 Cuadro comparativo de normativas vigentes en España y algunos países de Latinoamérica	66

RESUMEN

Los mecanismos de “Participación Público Privada”¹ en la construcción de obras y la administración de servicios públicos, en el sector de la infraestructura, son variados.

“La modernización del Estado en que los países Latinoamericanos están empeñados, ha llevado a formular nuevos modelos de gestión para implementar las obras y los servicios públicos, donde la participación conjunta público privada apunta a mejorar la provisión de los servicios” (Maino V, 2013, pág. 11), ello implica atraer recursos de fuentes privadas distintos a los del Estado, y, establecer estándares de gestión superiores en las áreas tradicionalmente reservadas a éste. La materialización de estas decisiones en el Ecuador se implementa a través de la Ley de Modernización del Estado, donde, se estableció que “todas las atribuciones del CONAM, serán ejercidas por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES). (LME, 2007)

La gestión pública puede servir como herramienta idónea para la realización de obras, la prestación de servicios y la explotación de actividades productivas; todas ellas de naturaleza o con finalidad pública. El modelo de participación del Estado en el sector privado y viceversa, con la implementación de las Participaciones Público Privadas (PPP), puede convertirse en un mecanismo que acogiendo a las regulaciones jurídicas existentes en el país, permita la ejecución de servicios públicos como la vialidad por parte de la iniciativa privada.

Como régimen jurídico y ámbito del derecho se partiría de la Constitución de la República del Ecuador, actuando bajo el cuerpo normativo que básicamente regula la modernización del Estado a través de los diversos mecanismos de coparticipación como la Ley de Modernización del Estado, teniendo como opciones legales de coparticipación público-privada a la: empresa de economía mixta, el Joint Venture; la privatización de empresas y servicios públicos; y las delegaciones. En el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, se hace hincapié en el fiel cumplimiento a las normativas relacionadas con aprobación técnica de bases para obras de vialidad.

Como se justificará a lo largo de este trabajo, la implementación de PPP en el sector de la vialidad es jurídicamente viable, dado el ordenamiento contempla que, bajo ciertos supuestos, la implementación de tales modelos de gestión es factible.

¹ Los mecanismos de coparticipación público privada son conocidos internacionalmente como Participaciones Público-Privadas o *Private Public Partnerships* -por sus siglas en inglés-, o en su manera abreviada, PPP.

SUMMARY

The "Public Private Partnerships" mechanisms ² regarding the construction of civil engineering works and management of public services in the infrastructure sector are varied.

"Modernization of the State, in which the Latin American countries are engaged, has led to formulate new management models to implement the civil engineering works and public services, where joint public-private participation aims to improve the provision of services" (Maino V, 2013, p. 11), this implies attracting resources other than State private sources, and establishing higher management standards in the areas traditionally reserved to it. The materialization of these decisions in Ecuador is implemented through the State Modernization Law, where it was established that "all the powers of the CONAM, shall be exercised by the National Secretariat of Planning and Development (SENPLADES). (LME, 2007)

Governance can serve as a useful tool for the execution of civil engineering works, provision of services and the exploitation of productive activities; all of them of public nature or purpose. The State's involvement model in the private sector and vice versa, with the implementation of Public Private Participation (PPP) can become a mechanism, which invoking the existing legal regulations in the country, will allow the implementation of public services such as roads by the private sector.

Taking into account the legal regime and scope of law, we will base our analysis in the Constitution of the Republic of Ecuador, which is the regulatory body that basically regulates the modernization of the State through various mechanisms of partnership as the State Modernization Law, with the legal options of public-private partnership to: mixed enterprise, Joint Venture; privatization of public enterprises and services; and delegations. Emphasis on strict compliance with regulations related to technical approval of groundwork for roadwork is included in the General Bylaws of the State Modernization Law.

As it will be justified throughout this work, the implementation of PPP in the road sector is legally viable given that the legal code provides that, under certain assumptions, the implementation of such management models is feasible.

² The public-private partnership mechanisms are known internationally as Public-Private Investments or *Public Private Partnerships*, or in its abbreviated form, *PPP*.

INTRODUCCIÓN

A raíz de las experiencias positivas con participaciones público privadas (PPP), en otras regiones del planeta (Europa y Asia), América Latina empezó, hace pocos años, a interesarse por sus ventajas para la provisión de infraestructura y servicios públicos de manera integral. La incorporación del sector privado es de suma importancia debido a que ha posibilitado que diferentes países de la región puedan poner en marcha nuevos y novedosos modelos financieros, cuyo diseño, operación y mantenimiento han arrojado resultados positivos para las economías. Si bien la participación del sector privado en proyectos públicos no es nueva, el modelo de PPP (Participación Público Privada), APP (Asociación Público Privada), CPP (Colaboración Público Privada); propone métodos diferentes y grandes metas para la dinámica público privada tradicional, llevándola a un campo más extenso, participativo y efectivo para la provisión de infraestructura y servicios públicos.

En general las restricciones presupuestarias, fiscales y de inversión pública han acelerado y motivado un mayor interés por las PPP, pero estas no deben considerarse en lo particular sin una cuidadosa evaluación de las metas y objetivos mayores de política económica de largo plazo.

El modelo de PPP facilita soluciones amplias y participativas para la provisión de infraestructura y servicios públicos de manera integral. Las observaciones recurrentes sobre inversión pública y provisión de infraestructura remarcan la imperiosa necesidad de contar con los medios y recursos para su explotación. La construcción y la provisión de carreteras, hospitales, escuelas u otros bienes públicos se encuentran parcialmente aisladas de sus servicios de administración, mantenimiento y operación, lo cual las vuelve inefectivas para el mejoramiento del nivel de vida de una sociedad.

Existen diferentes definiciones y puntos de vista sobre qué es lo que constituye una PPP. La OCDE la define como un:

Acuerdo entre el gobierno y uno o más socios privados (que puede incluir operadores y financiadores) bajo el cual los socios privados proveen un servicio de manera tal que los objetivos de provisión de servicios del gobierno se encuentren alineados con los objetivos de obtención de utilidad del sector

privado y donde la efectividad depende en una adecuada transferencia de riesgos del sector privado (OCDE, 2008).

Para otros organismos más cercanos al modelo británico, una APP se refiere a “un esquema contractual entre el sector público y el sector privado en un proyecto compartido” (National Stastics, 2011).

El rango de aplicación de una PPP puede abarcar desde infraestructura energética y de transporte, provisión de servicios de agua potable y saneamiento, hasta esquemas de irrigación, o servicios de educación y salud. Se utiliza un concepto amplio de PPP relacionado con acuerdos o alianzas que no sólo permiten la participación activa de los sectores públicos y privado, sino que establecen, también, un nexo irrenunciable entre la disposición de infraestructura y los servicios para el mejoramiento de los niveles de vida a largo plazo. Su objetivo general es atraer las destrezas de los participantes a fin de satisfacer efectivamente las necesidades de infraestructura y servicios en la comunidad; para ello, la infraestructura debe ineludiblemente proveerse junto con los servicios relacionados.

Los esquemas de PPP definen detalladamente un producto como resultado de la asociación, cuentan con un esquema de transferencia de riesgos y de operación basados en la conformación de una nueva entidad económica; así, el gobierno y los acreedores se convierten en los evaluadores permanentes de los resultados obtenidos por el operador privado. En cuanto a la legislación ecuatoriana, el cuerpo normativo que básicamente regula la modernización del Estado a través de los diversos mecanismos de coparticipación es la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (Maino V, 2013, pág. 13), a la cual se llamará simplemente “Ley de Modernización del Estado” a lo largo de esta investigación, lo cual señala que jurídicamente incluiría a la vialidad como un servicio público a ser cubierto por la iniciativa privada.

La pregunta central a la que pretendemos dar respuesta con nuestro trabajo es la siguiente: ¿es posible aplicar la instrumentación de sistemas de colaboración público privado en el sector público de la vialidad en el Ecuador? Nuestra hipótesis, que buscaremos verificar, es que sí: sí resulta posible implementar los modelos de

colaboración público privados en el sector público de la vialidad, en la medida en la que se cumpla con los requisitos previstos en la Constitución y en la ley para el efecto.

CAPÍTULO I

RÉGIMEN NORMATIVO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. Introducción

Posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, en las democracias occidentales, el Estado amplió sus funciones en pos de lograr mayor representatividad y mejorar el funcionamiento del sistema, implementando el modelo social llamado Estado de Bienestar (“EB”) o *Welfare State* que implica la responsabilidad estatal de proteger socialmente a sus ciudadanos para asegurarles mínimos básicos de bienestar (Cuevas, 2013).

En los últimos años se ha puesto en la palestra de discusión cuál debe ser el papel tradicional del Estado enfocado al bienestar, lo que ha impulsado procesos de privatización, y la implementación de cambios tendientes a la obtención de un Estado más eficiente, que provea mejores servicios públicos a un menor costo (Caristo, 2003).

El modelo de Estado vigente actualmente en el Ecuador es de tipo benefactor y solidario; busca la redistribución de recursos hacia los sectores más postergados, con la finalidad de elevar el nivel de vida de la población y reducir la brecha de las diferencias sociales; para esto el Estado modifica y regula el funcionamiento de la economía mediante un conjunto de normas de diferentes niveles: leyes, decretos, reglamentaciones, ordenanzas, disposiciones, resoluciones y procedimientos administrativos. Para desarrollar la obra planificada, requiere la articulación pública privada transparente, inclusiva, equitativa y solidaria; pues su objetivo es alcanzar el Buen Vivir, enfoque que constituye un paradigma de sociedad sustentable basado en el acoplamiento equilibrado y equitativo entre economía y naturaleza; ello implica que la economía cobre una dimensión diferente al crecimiento económico y a la acumulación capitalista (LEY ORGANICA DE LA ECONOMIA POPULAR Y SOLIDARIA Y DEL SECTOR FINANCIERO POPULAR Y SOLIDARIO, 2012).

Los temas desarrollados a continuación están enfocados en tratar de verificar a la hipótesis propuesta, a saber, determinar la viabilidad jurídica en el Ecuador de instrumentar de modelos de colaboración Público Privada orientados al sector de la vialidad. Para el efecto, primero se tratará lo correspondiente a los servicios públicos; luego el significado del estado generado de obra y bienestar, pasando por un análisis de la vialidad y el marco legal en el que se desenvuelve en el país.

1.1. Servicios públicos

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no define que es un servicio público, lo cual trae inconvenientes al determinar las potestades de servicio público que el Estado puede titularizar en favor de terceros. En los artículos 277 numeral 4 y 34 de la Constitución se señala de manera general que el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos entre los cuales se encuentra la vialidad, y los demás que determine la ley.

El servicio público viene a sistematizar la actuación administrativa que se concreta en prestaciones ofrecidas al público por la administración, a través de una organización montada por razones de interés público (Paredes D, 2008), sin que ello comprometa la tarea que el Estado conserva consigo, única y exclusivamente por motivos fiscales, sin prejuzgar el carácter público o privado del régimen jurídico al que está sometida esta actuación administrativa.

Como parte de los servicios públicos, se encuentra la ejecución de obras para suplir o mantener los servicios básicos, entendiéndose por ello a las obras de infraestructura necesarias para que las personas que viven en un determinado territorio o asentamiento humano alcancen un nivel de vida adecuado y saludable (Banco Mundial, 2012, pág. 11).

Entre otros, son reconocidos como servicios básicos los siguientes (Banco Mundial, 2012, pág. 12):

- El sistema de abastecimiento de agua potable;
- El sistema de alcantarillado de aguas servidas, y drenaje de aguas pluviales;

- El sistema vial;
- El sistema de alumbrado público;
- La red de distribución de energía eléctrica;
- El servicio de recolección de residuos sólidos;
- El servicio de la seguridad pública;
- Puntos y puestos de asistencia médica;
- Establecimientos educativos.

El acceso a los servicios públicos es un indicador de las condiciones favorables en el bienestar social y del nivel relativo de desarrollo; la mayor cobertura de servicios de agua potable, alcantarillado, energía eléctrica, teléfono, educación, entre otros a favor de una mayor población reducen las disparidades sociales, y sugieren un mejor nivel de desarrollo, ya que mejora la calidad de vida, que a su vez implica una mayor acumulación de capital humano (Banco Mundial, 2012, pág. 18).

El objeto o finalidad del servicio público sería satisfacer una necesidad pública, colectiva, de interés público. Implica la suma de las necesidades de todos los individuos; no presupone necesariamente que todos los individuos deban tenerla pero al menos la mayoría si (Gordillo A, 2010, pág. 186).

De acuerdo a Dromi (2009), se podría definir al servicio público como: "toda actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por el propio Estado y cuyo objetivo es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público" (Dromi R, 2009, pág. 9); es decir, es un régimen a través del cual se satisfacen las necesidades colectivas que se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general.

La Constitución del Ecuador en sus artículos 314 y 326 menciona algunos de los servicios públicos que el Estado es responsable de proveer, como por ejemplo: salud, educación, justicia, seguridad social, alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte, distribución de combustibles, transportación pública, correos, agua potable, telecomunicaciones, saneamiento, energía eléctrica, riego, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y los demás que determine la ley.

También habla sobre los principios en los que se basa la prestación del servicio público como son la obligatoriedad, generalidad, universalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad.

Hay algunos servicios a los que los usuarios no pueden acceder o lo hacen esporádicamente como, por ejemplo, la potestad de administrar justicia que es una potestad que ejerce el Estado sólo a través de órganos judiciales especializados que deben estar investidos de jurisdicción y competencia, a los cuales tienen acceso los usuarios en forma gratuita y que es impartida por los jueces.

Otros son los llamados “servicios públicos obligatorios”, que son requeridos y utilizados permanentemente por todos los individuos de un Estado y que están amparados en la Constitución, como son el agua potable, el alcantarillado y la energía eléctrica; también, se encuentran en otros casos “los servicios de interés general” (Sayagués E, 2002, pág. 5), en los cuales el acceso a los servicios públicos no es factible como por ejemplo la “producción hidrocarburífera”, a la cual los usuarios no pueden acceder directamente ya que está regulada y controlada por el Estado.

En la práctica estas nociones continúan siendo objeto de gran utilización, hasta el punto de llegarse a considerar que la principal actividad y preocupación de la administración debe consistir en asegurar cada día un mejor funcionamiento de los servicios públicos (Sayagués E, 2002, pág. 5).

Sayagués en su libro *Tratado de Derecho Administrativo* menciona que los servicios públicos son: “el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público” (Sayagués E, 2002, pág. 80).

Enfocándose en el en el derecho ecuatoriano, podría decirse que los servicios públicos son:

Actividades que desarrolla el Estado en forma sistemática y continua, por sí mismo o por medio de personas jurídicas de derecho público o empresas de economía mixta creadas para el efecto, o a través de alianzas público–privadas o, excepcionalmente por intermedio del sector privado, bajo la regulación y

control de aquél, que tienen como finalidad satisfacer necesidades comunes de la población (Maino V, 2010, pág.45)

El derecho ecuatoriano señala que los servicios públicos comprenden aquellas “actividades que desarrolla el Estado en forma sistemática y continua, por sí mismo o por medio de personas jurídicas de derecho público o empresas de economía mixta creadas para el efecto, o a través de alianzas público privadas” (Maino V, Íbid)

De manera excepcional también se lo hace por intermedio del sector privado, bajo la regulación y control de aquél, que tienen como finalidad satisfacer necesidades comunes de la población (Maino V, Íbid).

De lo anteriormente citado se destacan tres características importantes:

- a) **La finalidad de la prestación.-** básicamente es satisfacer, en la medida de lo posible, las necesidades comunes de la población.
- b) **Subjetivo u orgánico.-** básicamente son los órganos de la administración pública encargados de ejecutar la prestación.
- c) **Objetivo o material.-** es la actividad misma en que consiste la prestación.

En estas primeras líneas se ha definido, de manera general, qué es el servicio público, sus principios, qué tipos de servicio público hay y cuáles son los artículos de la Constitución que hablan sobre ellos.

Regresando al análisis normativo, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, los tipos o modalidades de prestación de servicios públicos, podrían dividirse de la siguiente manera:

- a) Prestación por medio de concesionarios de servicio público.
- b) Prestación indirecta a través de personas jurídicas creadas mediante actos normativos (ordenanzas) de los gobiernos autónomos descentralizados, o de empresas públicas o compañías de economía mixta en las que el Estado tenga mayoría accionaria. (Artículo 225, numeral 4 de la Constitución).

- c) Prestación directa por parte de organismos y entidades del Estado (como la Empresa Pública Ecuador Estratégico), o por medio de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales, en el marco del (COOTAD , 2012).
- d) Prestación a través de asociaciones o alianzas estratégicas, con la participación de entes estatales y personas de derecho privado, en el marco del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Esta “nueva figura”, podría utilizarse para el cumplimiento de prestaciones complejas o que sean de cierta indeterminación inicial (COOTAD , 2012).

La nueva figura de colaboración público-privada, en estudio, tiene relación con la figura llamada en inglés *Private Public Partnerships* o mejor conocida como Participaciones Público Privadas (PPP), que básicamente son “las formas de participación del sector privado en la financiación, diseño, construcción y gestión de infraestructura, así como en la prestación de los servicios públicos” (Urueta Rojas J, 2006, págs. 13-14). Esta forma de colaboración se la tratará más adelante, en el segundo capítulo.

1.1.1. Elementos del servicio público

En lo correspondiente al servicio público se consideran dos elementos: el interés general y la obligatoriedad.

a) El interés general

Para que haya servicio público se requiere, ante todo, que la actividad tienda a satisfacer necesidades colectivas y no simplemente la necesidad de uno o varios individuos. El motor de la acción administrativa es esencialmente desinteresado; es la búsqueda del interés general, o de la utilidad pública o, en una perspectiva más filosófica, del bien común (Rodríguez L, 2012 , pág. 220).

b) La obligatoriedad

Esta característica se encuentra plasmada en el artículo 314 de la Constitución que dicta:

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 (Asamblea Nacional, 2008).

Como explica Fernández, “la obligatoriedad del Derecho se deriva de íntima vinculación con el estado, y de la naturaleza de éste, donde se ve obligado objetivamente a promulgar y defender las normas que correspondan a las necesidades e intereses económicos de la clase dominante” (Fernández J, 2002). En este caso el Derecho actúa como un sistema de normas obligatorias, pues en él se manifiesta la voluntad de la clase dominante como voluntad de Estado.

1.2. Sector público

Las actividades que se desarrollan en la economía de un país pueden ser divididas en dos áreas que responden a dos órdenes jurídicos e institucionales diferentes: el sector privado y el sector público.

En todas las sociedades modernas el sector público influye en la economía de manera significativa y desarrolla funciones económicas especiales. El Estado está presente a lo largo de la vida de la mayoría de las personas (Caristo, 2003). Muchas de las personas nacen en hospitales públicos, cursan sus estudios en instituciones públicas, habitan en viviendas financiadas o subsidiadas por el Estado, reciben subsidios públicos como en consumo eléctrico, gas, entre otros, o bonos para ciertos estratos de la población con altos índices de pobreza. El Estado presta varios servicios por los que cobra tarifas (electricidad, correos, teléfonos, saneamiento, agua potable), y otros que financia con impuestos como justicia, defensa, seguridad, asistencia social, cultura, promoción productiva, promoción barrial, recolección de basura, vialidad (Caristo, 2003).

Los autores permanentemente han buscado desarrollar enfoques y teorías que justifiquen la importancia del sector público del Estado, como una estructura que

impulsa el bienestar de las naciones. Según Joseph Stiglitz, en una democracia las personas responsables de dirigir las instituciones públicas son elegidas o nombradas por otra elegida o nombrada por otra, que es nombrada por otra que es elegida (Stiglitz, 2000, págs. 11,12).

Según Stiglitz (2000), “es función del Estado satisfacer las necesidades colectivas, de la mejor manera”. Bajo ese criterio, al ser cuestionado el rol del Estado en la economía, se han implementado procesos de privatización" (Stiglitz, 2000, págs. 11,12), lo cual ha incidido en cambios en la administración y funcionamiento del Estado tendientes a la obtención de un Estado más eficiente, brindando mejores servicios, a un menor costo.

Las funciones del sector público son: establecer un marco legal para la economía, vender y comprar bienes y servicios y realizar transferencias, establecer impuestos, tratar de estabilizar la economía, redistribuir la renta, procurar la eficiencia económica, establecer un marco legal para la economía (Caristo, 2003).

Ahora la obra pública debido a sus complejidad no siempre los Gobiernos están en capacidad de ejecutarla totalmente, sino que debido a factores como el presupuestario y técnico se requiere acudir a la empresa privada, por lo que para ello se requiere trabajar bajo la modalidad de contratación, dentro de un marco legal adecuado para este tipo de actividades. Para ello es importante considerar las características del servicio público, que según, Dret Consultores Cia. Ltda, son las siguientes (Dret Consultores Cia. Ltda., 2014).

Tabla 1 Características del servicio público

Características	Descripción
a) “Exclusividad realística por parte del Estado	Significa que la titularidad sobre la función o actividad de la cual se trate se mantiene en el poder del Estado.
b) Igualdad	El goce de los servicios públicos no admite prerrogativas especiales para ningún nacional ni extranjero. Todos los usuarios acuden al servicio en las mismas condiciones.

Características	Descripción
c) Regularidad	La operación de los servicios se encuentra previamente normada por el Derecho positivo.
d) Actividad indispensable para la vida social:	No se trata de actividades necesarias a la existencia misma del Estado como sociedad política, tales como las de soberanía, ni de necesidades privadas como la alimentación o el vestido; se trata de tareas de carácter general que encuentran su razón de ser en la vida colectiva (por ejemplo transporte y comunicaciones).
e) Se regula por el Derecho Público	Ello permite la aplicación de las potestades públicas que permiten garantizar la satisfacción plena del interés común o general, tales como la expropiación, servidumbres y sanciones administrativas.
f) Continuidad	La continuidad evidencia equilibrio, estabilidad, no interrupción en su accionar. Esto no significa que su operación no se pueda someter a horarios o requisitos preestablecidos. Dado su carácter de eminentemente continuo, la brusca interrupción de la operación de servicios públicos constituye un verdadero atentado a su propia naturaleza”

Fuente: (Dret Consultores Cia. Ltda., 2014).

Elaboración: El autor.

1.2.1. La gestión público privada

Se entiende por administración pública a la “actividad que se desarrolla en los organismos oficiales para el cumplimiento de los fines del estado, interviniendo en la planeación, ejecución y control de las actividades de las organizaciones” (Alzate J, 2010). Ello implica la injerencia en la obtención de los insumos que permiten la toma de decisiones y en la organización y operación de los instrumentos para que tales decisiones se ejecuten.

En concordancia con lo anterior el concepto de gestión pública está directamente asociado a los resultados que logre una administración y se puede concebir como un proceso integral, sistemático y participativo, que se manifiesta en tres etapas: la planificación, la ejecución y seguimiento y evaluación.

De acuerdo a Dolores Rufián (1999) tradicionalmente se distinguen dos procedimientos para la provisión de obras y servicios públicos (Rufián D, 1999, pág. 45).

- La directa, por parte del Estado, a través de sus servicios públicos dependientes o centralizados e independientes o descentralizados; y,
- La indirecta, mediante diversos mecanismos de asociación o coparticipación entre el sector público y el privado, los cuales implican la intervención del sector privado en la provisión directa de la obra o servicio, pero manteniéndose el control y la titularidad de éstos bajo el Estado.

De la misma forma, los diversos mecanismos de asociación entre el Estado y el sector privado se distinguen entre sí principalmente por los riesgos que asume éste último, y por la forma en que se percibe la contraprestación económica del contrato (Alzate J, 2010).

El propósito de este modelo de gestión era que pudiera servir como una herramienta para la realización de obras, la prestación de servicios y la explotación de actividades productivas; todas ellas, de naturaleza o con finalidad pública. Se analizará las características de este modelo más adelante, en el segundo capítulo.

1.2.2. La contratación

El Estado no siempre tiene capacidad para, mediante sus empresas, ejecutar obras de infraestructura y proveer a la comunidad y a sí mismo de bienes y servicios. Con el fin de suplir este déficit de oferta, requiere relacionarse con el sector privado.

Las relaciones del Estado con el sector privado se manifiestan principalmente en la adquisición de bienes, obras y servicios, y están regidas principalmente por la Ley

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) (Asamblea Nacional, 2008). Éstas se despliegan mediante convenios, consorcios y alianzas estratégicas de las empresas públicas, conforme las normas específicas que se estipulen en los acuerdos respectivos, conforme lo autorizado por la Ley Orgánica de Empresas públicas, normativa contractual no sujeta a la LOSNCP.

La Constitución atribuye al Estado la creación de empresas públicas, pero la Ley Orgánica de Empresas Públicas asigna esta potestad al Ejecutivo, que las constituye por Decreto Ejecutivo; sus finalidades son conforme el artículo 315 de la Constitución “la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.”. Adicionalmente, conforme lo establece el artículo 318 de la Constitución, tienen monopolio para la gestión del agua y el “servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego”.

La denominación de “sectores estratégicos” surge en el Derecho Constitucional ecuatoriano en la Ley Suprema de 1979, y reservaba para el manejo estatal las “empresas estratégicas definidas por ley”, de “propiedad exclusiva del Estado”; que es un concepto que se excluye en la reforma y codificación constitucional de 1998.

La Constitución en el artículo 313 señala que se considera estratégico, las actividades y bienes “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.”

En este mismo artículo se indica puntualmente que los como sectores estratégicos son:

- 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.
- “Los demás que determine la ley.”

El régimen jurídico del desarrollo de las actividades vinculadas con la administración y aprovechamiento de los recursos naturales y los servicios públicos se origina en la explotación y la prestación por parte de personas naturales y jurídicas privadas, sujetos a tributos, cargas diversas, autorizaciones, permisos y regímenes concesionales. La atribución constitucional de “competencias exclusivas” sobre bienes y actividades “estratégicas” no otorga un dominio o propiedad al Estado, sino que ordena un control y regulación exclusivo.

1.3. Vialidad

Parte de la obra pública lo constituye la vialidad. Como quedó sentado en la introducción, el objetivo de esta investigación es determinar la viabilidad jurídica de implementar los modelos de participación público privada al servicio público de vialidad. Por eso es necesario que se analice en qué consiste y qué alcances tiene ese servicio público.

Debido a su complejidad, los gobiernos no siempre están en capacidad de prestar el servicio público de vialidad satisfactoriamente. En esos casos, tal como se mencionó anteriormente, se requiere acudir a la empresa privada, bajo alguna modalidad de contratación. Es en ese contexto que la infraestructura vial, como parte de la obra pública, tiene enorme importancia para el desarrollo económico, pues las vías terrestres interconectan los puntos de producción y consumo. “La disponibilidad y el estado de la vialidad son determinantes de los costos de transporte, los que a su vez influyen sobre los flujos de comercio nacional e internacional de un país. Es por eso que la construcción y mantenimiento del sistema vial son un tema estratégico para los gobiernos (BANCO MUNDIAL, 2012).

En América Latina y el Caribe, el transporte por carretera representa el 80% del total del transporte de pasajeros y 60% del transporte de carga. Se estima que el gasto en el sistema vial representa entre 10% y 20% del presupuesto nacional; las carreteras tienen mayor valor que otras formas de transporte como ferrocarriles y aerolíneas. La construcción y mantenimiento de las mismas generan además grandes cantidades de empleo (CEPAL, 2014).

La construcción y mantenimiento del sistema vial han sido considerados por años un monopolio natural del Estado, por cuyo uso se cobraba muy poco. En los países en desarrollo, la limitación de recursos causó un déficit de vías nuevas y que el sistema vial existente se deteriorara; por lo que en varios países latinoamericanos, como Chile, Argentina y México se buscó la participación privada como medio de financiamiento, además con la idea que el sector privado es más eficiente que el público, pues un constructor privado puede estar más inclinado a reducir costos y a aumentar la recaudación por el uso de las vías (CEPAL, 2014).

Los proyectos de infraestructura exigen un fuerte endeudamiento y generan ingresos estables y de largo plazo, cuyo monto depende del subsector; para redes de abastecimiento de agua y carreteras de peaje es más difícil conseguir recursos que para compañías de teléfonos y empresas de electricidad, pues se requiere más capital en relación con el ingreso anual, por lo que las carreteras comprenden únicamente 8% de todos los proyectos privados de infraestructura (CEPAL, 2014).

Como una de las medidas de proteger a las inversiones de los contratistas privados ha sido la adopción del peaje o cobro directo a los usuarios del servicio, ya que además de requerir de “aportes importantes de capital, implica asumir riesgos mayores a los inherentes a otros proyectos de infraestructura, como son el riesgo de construcción, riesgo político, adquisición de terrenos, condiciones climatológicas inciertas y la dificultad para proyectar los niveles futuros de tráfico” (Pérez C y Yanovic D, 2010, p. 1). Hay que anotar que la inversión privada en las carreteras de peaje es menor que en otros sectores de la infraestructura, como las de energía y telecomunicaciones.

“La infraestructura vial en varios países latinoamericanos es deficiente. En promedio, en la región los países tienen 1.000 km. de vías pavimentadas por millón de habitantes en

comparación con 10.000 km. por millón de habitantes que tienen los países desarrollados” (BM, 2012); además que la calidad y capacidad de vías es menor, pese a que los países latinoamericanos han realizado fuertes inversiones en carreteras en las últimas décadas. En el sector vial las ventajas del mantenimiento son muy importantes, en razón de que una carretera se puede mantener por tiempo indefinido “con un gasto anual de aproximadamente el 2% de su costo de construcción y si se decide no considerar el mantenimiento, el costo de reconstrucción de la carretera implica un gasto superior a cinco veces respecto al de mantenimiento anual” (BM, 2012). Además en el caso de las carreteras las inversiones en mantenimiento son recuperadas y se reflejan en la disminución de los costos de transporte.

En enero de 2015, con motivo de cumplirse ocho años del proyecto político conocido como la ‘Revolución Ciudadana’, la ministra de Transporte y Obras Públicas (MTO) manifestó que el Ecuador por primera vez dispone de un plan maestro en movilidad, que define en base a la planificación, cuáles son las vías que deben priorizarse en la inversión, clarificando las obras de vialidad y puntos que deben conectarse (Andes, 2015). La Ministra también recalcó que en los ocho años de gobierno se han invertido aproximadamente 8.225 millones de dólares, que es un valor cinco veces mayor al invertido en las últimas tres administraciones juntas; además que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTO), al trabajar en infraestructura vial, puertos y aeropuertos, forma también parte de las actividades relacionadas al turismo y la producción.

La representante de esa Cartera de Estado puso énfasis en señalar que puesto que actualmente se están migrando los contratos típicos a la modalidad de construcción por nivel de servicio, el contratista se obliga a mantener y desarrollarlo por el tiempo pactado; manifestó que actualmente los contratistas tienen mayor responsabilidad, pues ésta no solamente se está presente en la construcción y terminación, sino que obra debe mantenerse en buenas condiciones a lo largo del tiempo (Andes, 2015).

En estos ocho años de gobierno, en base a una planificación e inversión eficientes, el país ha mejorado ostensiblemente su infraestructura; entre los hitos relevantes consta la ampliación de la Red Vial Estatal, que actualmente alcanza 9.700 kilómetros, de los que se han intervenido cerca de 7.000; resalta la construcción de la Ruta Collas, la

ampliación de la Panamericana, la Ruta Spondylus y la Troncal Amazónica (Andes, 2015).

En el Ecuador, la red vial estatal está integrada por las vías primarias y secundarias, que en conjunto procesan el mayor tráfico vehicular, intercomunican ciudades, poblados, puertos de frontera y centros de actividad económica; la longitud total aproximada de la red vial estatal es 8.653,56 km; además en el país existen redes viales provinciales y cantonales, desarrolladas por los concejos provinciales y cantonales que tienen una extensión de 12.476,61 km y 22.539,55 km respectivamente (MTOP, 2013, pág. 23).

A continuación se describe la red estatal por provincias.

Tabla 2 Distribución de la Red Estatal por Provincias

Provinciales	Red Vial			Total Provincial
	Estatal	Provincial	Cantonal	
AZUAY	484.22	546.35	1,337.35	2,367.92
BOLIVAR	146.09	566.23	933.17	1,645.49
CAÑAR	230.63	163.73	887.05	1,281.41
CARCHI	184.36	392.93	803.46	1,380.75
COTOPAXI	209.09	725.98	1,113.16	2,048.23
CHIMBORAZO	463.01	604.19	1,353.32	2,420.52
EL ORO	400.94	345.26	1,103.17	1,849.37
ESMERALDAS	492.24	776.57	737.00	2,005.81
GUAYAS	983.78	717.19	2,765.94	4,466.91
IMBABURA	159.59	486.16	686.86	1,332.61
LOJA	757.97	779.94	1,845.22	3,383.13
LOS RIOS	321.15	941.00	1,249.63	2,511.78
MANABI	1,046.15	2,254.32	2,589.94	5,890.41
MORONA SANTIAGO	534.55	126.37	118.92	779.84
NAPO	290.81	468.71	550.14	1,309.66
PASTAZA	139.27	264.01	125.40	528.68

PICHINCHA	738.70	1,501.02	2,181.93	4,421.65
TUNGURAGUA	212.29	354.07	1,366.24	1,932.60
ZAMORA CHINCHIPE	231.58	100.68	378.84	711.10
GALAPAGOS	38.00	83.05	61.30	182.35
SUCUMBIOS	460.71	278.85	351.51	1,091.07
ORELLANA	128.43	0.00	0.00	128.43
TOTAL NACIONAL	8,653.56	12,476.61	22,539.55	43,669.72

Fuente: MTOP, Subproceso de Planificación Institucional.

Elaboración: MOP, Proceso Asesor de Planificación Estadística

El principal reto del Ministerio de Transporte y Obras Públicas es preservar la inversión de 8.225 millones de dólares realizada en estos ocho años, por lo que justamente mediante los contratos de mantenimiento por niveles de servicio y las concesiones; se van a trasladar la responsabilidad a las empresas privadas que las vayan a operar (Agencia de Noticias Andes, 2015).

Los proyectos de vialidad emblemáticos, que ha desarrollado el gobierno del economista Rafael Correa son:

- Ruta Spondylus, con una inversión de 802.133.063,30 dólares.
- Troncal Amazónica, con una inversión de 363.337.735,28 dólares.
- Puente Segmental sobre el río Babahoyo, inversión 101.3 millones de dólares.
- Proyecto Multimodal Manta - Manaos 30 proyectos en ejecución Inversión en infraestructura vial: 187.740.623,74 dólares
- Troncal de la Sierra Panamericana Inversión: 396.983.501,89 dólares –
- Tramo Santo Domingo - Quinindé Inversión: 78.064.574,68 dólares
- Santo Domingo - Huaquillas Inversión: 126.262.833,47 dólares (Ministerio de Obras Públicas y Transporte, MOPT, 2013)

El proyecto multimodal Manta – Manaos, está conformado por treinta proyectos, permitirá que los productos nacionales lleguen a Brasil, también a Asia sin necesidad de pasar por el canal de Panamá, lo que reducirá el costo y el tiempo, haciendo más competitivos a los productos y productores ecuatorianos. El eje vial de este proyecto es de aproximadamente 1.000 kilómetros de vías por carretera y demandará una inversión de 1.3 mil millones de dólares (Ministerio de Obras Públicas y Transporte, MOPT, 2013).

En el Ecuador el Estado fue por muchos años el encargado de la provisión y mantenimiento del sistema vial; sin embargo el proceso de reformas estructurales ha generado un cambio de roles en los sectores privado y público orientado a promover la eficiencia en la asignación de los recursos.

En el nuevo esquema, el Estado se convierte en el ente rector de las diferentes actividades económicas, teniendo al sector privado como posible socio en algunas actividades productivas y prestación de ciertos servicios públicos como la vialidad; además por cuanto los recursos estatales para atender los sectores estratégicos se han hecho escasos, existe el riesgo de que se cree un déficit vial mayor. En este contexto el Estado ecuatoriano ha emprendido bajo diferentes modalidades un paulatino proceso de transferencia de actividades productivas al sector privado, pasando de estado ejecutor a estado regulador; este hecho abrió paso a la participación privada en la construcción, mantenimiento y operación de las carreteras, mediante el sistema de Participaciones Públicas Privadas y con la figura de las concesiones.

A partir de la expedición de la Constitución en año 2008 se ha determinado la necesidad de actualizar el marco jurídico normativo; la Ley de Caminos, su Reglamento de aplicación y el Reglamento de Caminos Privados, continúan vigentes pese a su vieja data, se está trabajando una nueva ley denominada Ley del Sistema Nacional de Infraestructura del Transporte Terrestre.

A más de ello, en el proceso de expedición de nuevas normas de carácter legal, a la fecha se encuentran vigentes, entre otros los siguientes cuerpos jurídicos, relacionados con la gestión vial en el Ecuador:

- Ley Orgánica de Empresas Públicas.

- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.
- Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública.

A efectos de tener una visión de contexto de todo el marco jurídico relacionado con la gestión de la vialidad en el Ecuador, se deben considerar las normas principales y la legislación secundaria relacionada.

El siguiente gráfico contiene información sobre los principales cuerpos normativos relacionados con la gestión vial:

Gráfico 1 Legislación principal relacionada



Con la aprobación y puesta en vigencia de la Constitución, se precisaron normas que tratan de la descentralización, de las competencias por niveles de gobierno y de los parámetros bajo los cuales se pueden adoptar modelos de gestión para el ejercicio de esas competencias.

Dentro del marco jurídico relacionado, existen otros cuerpos jurídicos normativos relacionados con la gestión de la vialidad en el Ecuador, que se contienen en Decretos, Acuerdos Ministeriales, Resoluciones, normas técnicas y en instructivos.

En ese contexto deben tenerse presente varios cuerpos normativos secundarios relacionados que deberán considerarse en el proceso:

Tabla 3 Legislación secundaria relacionada

Tipo de Norma	Denominación	Publicación en Registro Oficial
Acuerdo Ministerial	Definición y clasificación de vías según su jurisdicción	No. 254 de 29-01-2001
Decreto	Administración de la red de vías primarias y secundarias a nivel nacional	No. 186 de 18-10-2000
Acuerdo Ministerial	Política nacional de concesiones viales	No. 302 de 22-04-1998
Decreto	Reglamento de concesiones del sector vial	No. 182 de 2-10-2003
Acuerdo Ministerial	Normativa que regula los procesos de descentralización en el sector vial	No. 376 de 13-10-2006
Decreto	Normas que deberán aplicar en materia de contratación pública de ejecución vial	No. 259 de 18-09-2010
Acuerdo Ministerial	Normativa del pago de indemnizaciones y contribuciones de mejoras	No. 524 de 31-08-2011
Acuerdo Ministerial	Normas y regulaciones para el uso del área subyacente del derecho de vía	No. 321 de 22-04-2008
Resolución Ministerial	Jurisdicción de las delegaciones del juzgado nacional de caminos	No. 342 de 7-06-2001
Acuerdo Ministerial	Política de delegación vial y normativa que regula tales procesos	No. 288 de 9-06-2006

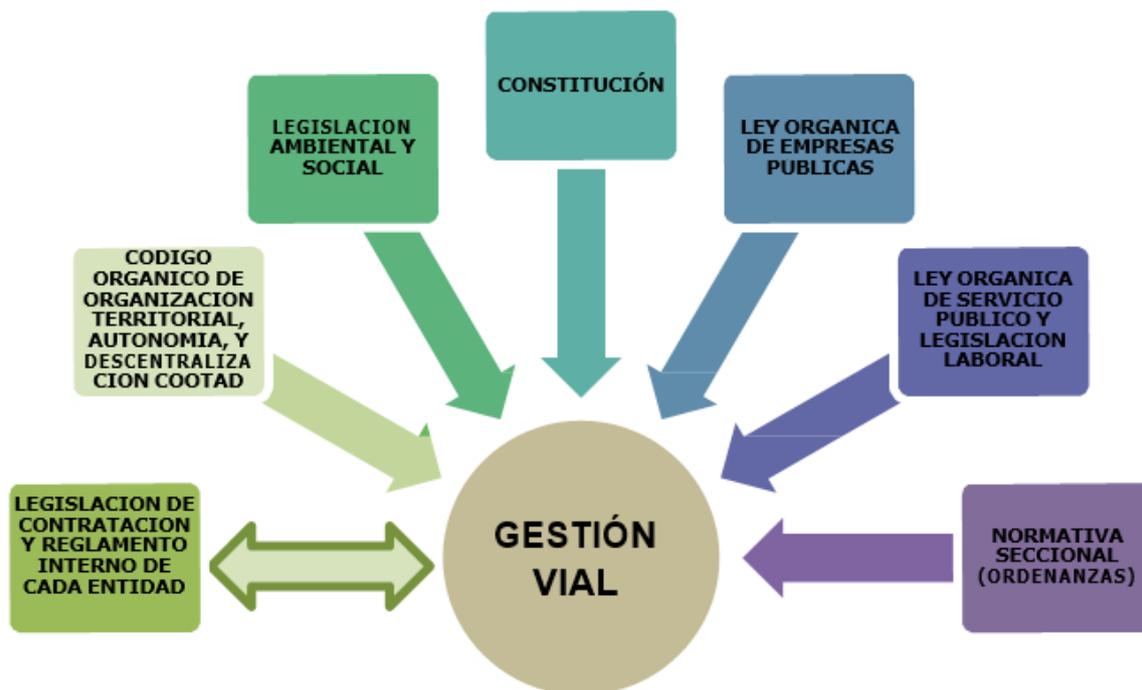
Elaboración: MOP, Proceso Asesor de Planificación Estadística

El numeral 2 del artículo 263 de la Constitución incorpora entre las competencias exclusivas de los gobiernos provinciales, la planificación, construcción y mantenimiento de la vialidad rural, lo que implica la responsabilidad institucional de crear condiciones para la movilidad humana en condiciones de seguridad y calidad. Esta norma

constitucional se ha puesto en operación mediante el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización.

Otras leyes relacionadas a la gestión vial en las empresas e instituciones públicas del país son:

Gráfico 2 Relaciones entre las normas que regulan la gestión de vialidad



Además del marco referido a la gestión de la vialidad, existen en el Ecuador más de 204.277 cuerpos normativos, por lo que en muchos casos se evidencia la coexistencia de normas, contradicciones y hasta duplicación de contenidos, lo cual repercute en una aplicación confusa de esas normas.

El último instrumento legal que se incorpora a este marco normativo es el Decreto Ejecutivo 582, firmado el 18 de febrero de este año por el presidente Rafael Correa, que contiene el Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada, trata los lineamientos establecidos por el Régimen sobre el tratamiento que tendrán las iniciativas privadas, para realizar inversiones en las áreas de sectores estratégicos, provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias, aeroportuarias y ferroviarias.

El Decreto Ejecutivo 582, deroga el Reglamento de Concesiones del Sector Vial, vigente desde el 2 de octubre de 2003; se sustenta en el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, que determina una delegación excepcional para que los proponentes privados puedan financiar proyectos cuando el Estado o sus instituciones no tengan la capacidad técnica, económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por las empresas públicas o mixtas.

En su contenido este documento señala que las Iniciativas privadas pueden referirse a cualquier proyecto de sectores estratégicos, servicios públicos u otro servicio de interés general.

El reglamento contempla 18 requisitos que los proponentes privados deberán cumplir para participar en los proyectos del sector público, sean nuevos o ya en ejecución.

Una vez que la iniciativa privada sea considerada de interés público, las entidades gubernamentales o empresas públicas tienen un plazo de 180 días para realizar los estudios complementarios y las validaciones necesarias.

Las propuestas para ser consideradas de interés público deberán determinar el grado de contribución al cumplimiento de los instrumentos y planificación de la entidad pública; y el de participación y rol del Estado en la prestación del servicio.

La inyección de recursos la podrán realizar, tanto en nuevos proyectos como en aquellos existentes que estén en ejecución.

Basado en el criterio de la definición de servicio público, expuesta anteriormente, como una sistematización de la actuación administrativa que se concreta en prestaciones ofrecidas al público por la administración, actualmente en la Carta Magna se considera como servicio público el agua, la energía eléctrica, la salud, la educación, las telecomunicaciones, la vialidad, las infraestructuras portuarias y aeroportuarias

1.4. Apuntes sobre la cogestión

El análisis de la viabilidad y la aplicación de un modelo de gestión público-privada al servicio público de vialidad deben estar sustentado por un marco legal de la cogestión o coparticipación (pública y privada) bajo las figuras de delegación o concesión, dado que

se requerirá aquello cuando las instituciones no tengan la capacidad técnica, económica o las empresas públicas que correspondan no se encuentren en condiciones de manejar algún servicio. Además las condiciones normativas no son homogéneas para todas las instituciones de gobierno, sino que serán propias de cada una de acuerdo a sus características y necesidades.

Bajo ese criterio se analiza el Derecho Administrativo que es “El sistema jurídico de principios, normas y categorías de derecho público que estudia, promueve y regula la actividad de la administración pública, los servicios públicos, la función y potestades de los órganos y personas que la ejercen” (Ruiz-Eldredge A, 2010 , pág. 80). La norma que regula los servicios y las obras públicas se enmarca dentro del Derecho Administrativo como parte del Derecho Público, en relación con los administrados, interadministrativas e interorgánicas, así como las de derecho administrativo internacional, las garantías internas y las de una alta jurisdicción que asegure la justicia administrativa.

La principal actividad sujeta a control es la prestación de servicios públicos, tanto de entidades públicas cuanto de personas jurídicas de derecho privado y particulares, principalmente desde el ángulo de los derechos de los consumidores. Este control social también se ejerce, sobre los judiciales, notarios y servicios de salud y educación.

La Constitución de 2008 se limita a señalar la posibilidad excepcional de delegación a la iniciativa privada de la prestación de los servicios públicos, sin precisar los mecanismos para el efecto.

Ahora bien, el Título VII del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), hace mención a las “Modalidades de gestión, planificación, coordinación y participación” e incluye varias normas relacionadas con esta materia como el artículo 274, inciso primero; el artículo 275, inciso primero; artículo 283, inciso segundo; y el artículo 283, inciso tercero.

Los gobiernos autónomos descentralizados responsables por la prestación de los servicios públicos y la implementación de las obras que les corresponda ejecutar, ya sean éstos de nivel regional, provincial, distrital o cantonal podrán prestar los servicios y ejecutar las obras que son de su competencia en forma directa, por contrato, gestión

compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta (COOTAD , 2012).

Los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada, cuando no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural. Esta delegación se realizará mediante acto normativo del órgano competente, cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo, no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural, previo concurso público para la selección del contratante (COOTAD , 2012).

Entonces considerando leyes secundarias se entiende que el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y los artículos 274, 275 y 283 del COOTAD, que regulan en sus respectivos ámbitos la delegación a la iniciativa privada para la prestación de los servicios públicos, son fieles al marco restrictivo trazado por el artículo 316 de la Constitución de la República, como norma matriz en esta materia, que consagra el principio de que solo por excepción cabe dicha delegación.

En el artículo 283, inciso 3° de El COOTAD, se determina que, la delegación a la iniciativa privada se realizará mediante acto normativo del órgano competente, lo que implica que en cada caso se requerirá la expedición de una ordenanza que establezca el marco regulatorio general de las actividades delegadas por el respectivo gobierno autónomo descentralizado.

En el proyecto de Ley Alianza Público Privada, se espera que exista una regulación a las delegaciones a la iniciativa privada para la prestación de servicios públicos, para que no se expida una ordenanza para cada efecto.

Con relación a estos temas, como queda expuesto, la Asamblea Nacional expidió el COOTAD, cuyo Título V trata ampliamente respecto al sistema nacional de competencias, el cual es definido en el artículo 108 como:

El conjunto de instituciones, planes, políticas, programas y actividades relacionadas con el ejercicio de las competencias que corresponden a cada nivel de gobierno, pero condicionándose a que se guarde los “principios de autonomía, coordinación, complementariedad y subsidiariedad, a fin de alcanzar los objetivos relacionados con la construcción de un país democrático, solidario e incluyente” (COOTAD , 2012).

Adicionalmente, “el Presidente de la República expidió el Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte, contenido en el Decreto Ejecutivo No. 810 del 5 de julio de 2011, publicado en el Registro Oficial No. 494 del 19 de julio de 2011, al que en adelante se denominará simplemente Decreto Ejecutivo No. 810”.

Si bien este reglamento contiene algunas normas clarificadoras de aspectos sustanciales relativos a la delegación de servicios públicos de transporte, derogó el Título III del Reglamento Sustitutivo al Reglamento General de la Ley de Modernización, que regulaba en detalle varios ámbitos de la delegación al sector privado, lo que ha generado mayor incertidumbre jurídica debido a que el vacío normativo es ahora más evidente.

Así mismo, existe una ordenanza Municipal, que es la “Ordenanza Metropolitana Reformatoria de la Ordenanza Metropolitana No. 301, sancionada el 4 de septiembre de 2009”. En esta ordenanza se establece el régimen común para la organización y funcionamiento, de las empresas públicas metropolitanas para un régimen de colaboración público privada y de la economía popular y solidaria de las empresas públicas.

En términos generales se podría definir a la privatización como la delegación a un privado la prestación de un servicio público o el ejercicio de determinadas actividades económicas, bajo el supuesto de que el aparato público es ineficiente y no cuenta con los recursos financieros necesarios.

1.5. La coparticipación en Latinoamérica

Como se mencionó anteriormente, la infraestructura vial es fundamental para el desarrollo socio económico de los países, pues la red de carreteras, caminos y vías terrestres en general, interconectan las ciudades, puntos de producción y mercados de

consumo, y como tal la construcción y mantenimiento del sistema vial son temas prioritarios para los gobiernos.

Todos los países latinoamericanos, diez que corresponden a Sudamérica y siete a la región Mesoamericana, disponen en su Carta Magna de artículos que los habilitan a desarrollar obras públicas mediante la participación de privados (Banco Mundial, 2012, pág. 18). Estos países han definido mediante normas de contrataciones pública o de adquisiciones del Estado, mecanismo de regulación para los principales aspectos que tratan y comprenden los contratos para la adquisición o desarrollo de bienes y servicios públicos por medio de terceros, países entre los cuales se encuentra el Ecuador. “Se destaca que el Ecuador haya tomado parte de esas experiencias de otros países para la elaboración de su normativa” (Maino, 2010, pág. 41)

Cada uno de los países latinoamericanos, para ampliar su infraestructura, “ha aplicado esquemas orgánicos institucionales que difieren unos de otros; pero que en mayor o menor grado les han permitido incrementar su de infraestructura, principalmente vial y de transporte, mediante la aplicación de esquemas de participación público privadas (PPP)” (Abedrapo B, 2011)

Normativas de la región

PAIS	LEY APP	LEY DE CONCESIONES
México	EN TRAMITE	NO (NORMAS ESPECIALES PPS)
Guatemala	SI	NO
Nicaragua	NO	SI (TRANSPORTE)
El Salvador	ANTEPROYECTO	NO
Honduras	SI	NO
Costa Rica	NO	SI
Panamá	EN TRAMITE	SI
Colombia	EN TRAMITE	NO
Venezuela	NO	SI
Ecuador	PROYECTO DE LEY	NO
Brasil	SI	SI
Paraguay	NO	SI
Perú	SI	SI

PAIS	LEY APP	LEY DE CONCESIONES
Bolivia	NO	SI (TRANSPORTE)
Uruguay	SI	NO
Argentina	NO	SI
Chile	NO	SI

Fuente: (Abedrapo B, 2011)

Considerando que la normativa ecuatoriana relacionado con el tema ha tomado información referente especialmente del sector latinoamericano, a continuación se describe la situación de los países España, Colombia, México y Ecuador.

España

El marco de la competencia en materia de promoción de infraestructuras en España es muy complejo; conforme la Constitución española, “el Estado tiene competencia exclusiva en las obras públicas de interés general o cuya ejecución afecta a más de una Comunidad Autónoma” (FOMIN BID & Deloitte España, 2009, pp. 3-7); quienes asumen competencias en materia de obras públicas de interés en su propio territorio, en materia de ferrocarriles y carreteras que se desarrollan íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma. Existen niveles administrativos específicos, que sustituyen a las diputaciones provinciales, y profundizan el nivel de asunción de competencia, en todos los casos las competencias en infraestructura vial son transferidas íntegramente desde el gobierno autonómico a la entidad administrativa correspondiente.

En España existen aproximadamente 100 proyectos de carreteras, los primeras datan de fines de los años 60, en esquema APP en vigor; de estos solo en los últimos 10 años se han licitado y adjudicado 47 proyectos, con una inversión superior a los 20.000 millones de euros; desde el año 1999 47 proyectos han sido promovidos por los gobiernos autonómicos; en el mapa siguiente se puede observar los proyectos promovidos por las Comunidades Autónomas en los últimos 25 años.

infraestructura, sin embargo al igual que en otras naciones, este proceso no ha sido fácil y se busca constantemente perfeccionarlo. Los problemas más comunes se referencian a la estructura contractual, en especial con la asignación de riesgos y responsabilidades (Asamblea Nacional, 2008, pág. 1).

La infraestructura de vías terrestres del país se extiende por aproximadamente 114,000 km; de ellos 57.6% corresponde a vías distritales y municipales, 22.4% vías nacionales y 20% a caminos vecinales. Al compararla con estándares internacionales, se concluye que la infraestructura vial de Colombia está muy poco desarrollada, ya que únicamente 11% de todas las vías está pavimentado (Asamblea Nacional, 2008, pág. 5).

Según lo establece la Ley 105 de 1993, el sistema vial nacional está compuesto por tres tipos de redes: la troncal que a su vez se compone por vías longitudinales y vías que se encuentran a cargo del INVÍAS; y las redes Secundaria y Terciaria, que se encuentran a cargo de los Departamentos y Municipios respectivamente (Asamblea Nacional, 2008, pág. 5).

Pese a la infraestructura vial deficitaria, Colombia hace un uso intensivo y creciente del transporte por carretera, por la topografía del terreno y el deterioro del sistema ferroviario del país; en consecuencia el transporte aporta 7% del PIB en promedio, y dentro de este la movilización terrestre de pasajeros y carga el 76% del valor agregado (Asamblea Nacional, 2008, pág. 5).

Sin embargo que Colombia tiene más de 2.000 km. de vías férreas, su uso como modo de movilización ha descendido ostensiblemente, en 1987 se movilizaban por este medio 1.055.000 toneladas y en 1996 bajo a 321.000 toneladas; adicionalmente; el deterioro de los modos de transporte fluvial, problemas administrativos y financieros y el atraso tecnológico, han disminuido la competitividad y capacidad de transporte del país (Asamblea Nacional, 2008, pág. 5).

México

Al igual que en otros países, el Gobierno Federal de México tiene sus limitaciones de tipo económico, por lo que es “necesaria la participación del sector privado para que

este aporte a complementar la inversión y el gasto públicos, este esquema asociativo de largo plazo, permite superar déficits en infraestructura y servicios”

En los últimos años en México se han desarrollado modelos de financiamiento para proyectos de infraestructura y la prestación de servicios públicos, que se caracterizan por asociar recursos públicos y privados, lo que ha permitido reducir los costos para el sector público y mejorar la eficiencia en la operación de los servicios; uno de estos esquemas es la asociación público-privada prevista en la llamada Iniciativa de Financiamiento Privado, identificada con las siglas “PPP o PFI en inglés, ya que su aplicación se inició en el Reino Unido a principios de 1990, extendiéndose posteriormente con gran aceptación y a Italia, Alemania, Holanda, Francia, España, Irlanda, Portugal, Finlandia, Grecia, Japón y Canadá, entre otros países”.

Esta modalidad (PPP) de ejecutar proyectos mediante inversión público privada, permite incrementar la capacidad financiera del Estado; cubrir los requerimientos de áreas prioritarias de impacto social; generar empleo e ingresos tributarios, y, ofrecer rendimientos competitivos a las inversiones privadas. Por la versatilidad y potencialidad que posee este esquema, el años 2003 el Gobierno Federal inició su instrumentación, definiendo el marco legal que regula su aplicación, reglas que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación, posteriormente Diario Oficial, el 9 de abril de 2004.

Con los antecedentes expuestos, en el siguiente capítulo se analizan los modelos de colaboración público-privada, con el efecto de determinar la viabilidad jurídica de aplicarlos en la prestación del servicio público vialidad.

CAPÍTULO II

LOS MODELO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADOS

2.1. El Modelo público-privado

Antes de establecer un significado como tal, es necesario comprender que la participación público-privada es un concepto que puede abarcar un sinnúmero de modelos de gestión de proyectos.

Según lo señala el Fondo Monetario Internacional:

Las asociaciones público-privadas (APP), permiten al gobierno evitar o diferir el gasto en infraestructura sin renunciar a sus beneficios. Esta puede ser una ventaja especialmente atractiva para los gobiernos cuya capacidad actual de gasto se encuentra restringida, pero que están relativamente libres de restricción para comprometer gastos futuros (Akitoby, Hemming, & Schwrts, 2007).

Gregory Shaffer señala que:

Las asociaciones o participaciones público-privadas PPP representan un tercer tipo de gobernanza, en ellas se complementan la jerarquía pública y el orden privado de asignación de bienes a través de redes de colaboración. Estas asociaciones juntan a los actores públicos y privados para abordar cuestiones de política pública y lograr un modelo de organización ecuaníme (Shaffer, 2012, pág. 21).

Para la Consultora Dret:

Las asociaciones o participaciones público-privadas PPP, se pueden generar ser tanto en las reparticiones fiscales como de la empresa privada, y en el que tanto las inversiones, como los distintos costos, beneficios, y sobre todo los riesgos asociados al desarrollo de un proyecto, son distribuidos entre el Estado y los agentes privados que participan del sistema (Dret Consultores Cia. Ltda., 2014)³.

Este concepto incluye no sólo casos extremos como el de la privatización, o la simple contratación pública, sino todo un continuo de alternativas.

Se puede decir que las asociaciones o participaciones público-privadas PPP son:

³ Dret Consultores Cia. Ltda. es una empresa especializada en Colaboración Público Privada y Emisiones Fiduciarias. El año 2012 estructuró la mayor emisión de valores del **SECTOR TURISTICO** del Ecuador. Originador: Hoteles Decameron, **US\$27 millones a 7 años plazo**. el 100% de los títulos se colocó el mismo día de su oferta el 28 de julio del 2012. CFN US\$12 millones y Biess US\$ 15 millones.

Una asociación contractual entre una institución pública, y una compañía privada, generalmente elegida por licitación, con el objeto de desarrollar un proyecto cuya jurisdicción inicialmente ha correspondido al sector público, y en que las inversiones, costos, responsabilidades y riesgos asociados al desarrollo del proyecto son transferidos total o parcialmente al sector privado (Dret Consultores Cia. Ltda., 2014).

Los Modelos de Asociación Público – Privados (APP - PPP) son proyectos que vinculan a los sectores público y privado bajo formas de asociación de largo plazo, que introducen mejoras reales en los servicios y modelos de gestión, organización, estándares de calidad y disponibilidad; con la finalidad de permitir al Estado la prestación de servicios públicos con altos niveles de calidad, considerando la iniciativa, experiencia y capacidad económica del sector privado en la generación de infraestructura; por lo que podrían ser una opción para el desarrollo sostenible en Latinoamérica y por ende en el Ecuador (Bult Spiering, 2012).

2.2. Origen de la asociación público privada

La gestión pública tiende a buscar de manera eficaz y eficiente resultados orientados a la reducción de la pobreza y el mejoramiento de la calidad de vida de los pobladores de una región o un país.

En América, desde la década del 90, se han desarrollado nuevos modelos de gestión para implementar las obras y los servicios públicos.

La participación conjunta público privada apunta a mejorar las eficiencias en la provisión de los servicios hacia la ciudadanía, atraer recursos de fuentes privadas distintos a los del Estado, y, establecer estándares de gestión superiores en las áreas tradicionalmente reservadas a éste (Urueta Rojas J, 2006, pág. 13).

Durante los últimos años, los esquemas o mecanismos de coparticipación público privada se han centrado en la construcción de obras y la administración de servicios públicos tales como el sector de la infraestructura.

Estos trabajos son muy variados y abarcan un amplio campo que va desde la privatización de empresas públicas hasta la entrega en concesión de carreteras, puertos, aeropuertos, entre otros sectores del transporte, pasando evidentemente por modalidades intermedias (Íbid, pp.14)

Tradicionalmente se ha construido una distinción marcada entre la sociedad civil y la Administración Pública, arrojando como resultado la dicotomía público-privada.

Una clara diferenciación de los roles del gobierno y del gobernado es necesaria; el aparato burocrático del Estado está encargado de la completa despersonalización en la administración del gobierno, y esto solo se puede lograr a través de una interpretación racional de la ley que permita distinguir claramente entre lo público y lo privado (Bult Spiering, 2012, pág. 23).

2.3. La coparticipación

Las premisas que determinan el actual entorno socio-económico de los países latinoamericanos son (Cruz Lorenzen, 2011, pág. 12):

- La infraestructura pública de los países latinoamericanos ha sido en los últimos años totalmente deficitaria e insuficiente, lo que ha impedido el desarrollo económico sostenido.
- Los recursos públicos son para atender la demanda por infraestructura de los pueblos latinoamericanos.
- La implementación de la asociación público-privada como una alternativa para el financiamiento y gestión de los servicios y obras públicas, tiene potencialidad para permitir a los países latinoamericanos superar el déficit de infraestructura.
- Bajo el esquema de la asociación público-privada, los mecanismos existentes en el mercado para la obtención de recursos para infraestructura podrían ser exitosamente utilizados.
- La implementación de los procesos de asociación público-privada, permitirían la liberación de recursos públicos, que pueden ser destinarlos a inversiones sin rentabilidad privada, pero que tengan con alto impacto social.

Debe señalarse que en el contexto de las coparticipaciones público privadas en las legislaciones latinoamericanas en general, al mantener el Estado la titularidad de la

infraestructuras públicas, nunca perderá su responsabilidad por la calidad de las obras y servicios públicos, tal como lo señalaba la Constitución del año 1998 en su artículo 249 y la Constitución de la República del Ecuador vigente desde el año 2008 en sus artículos 314 y 316, de proveer los servicios y obras básicos, sino que podrá delegar la ejecución de éstos a empresas públicas y excepcionalmente a la iniciativa privada, manteniendo siempre su control, regulación y poder sancionatorio, hasta el límite incluso de rescatar o retirar la delegación al privado, en caso de mal funcionamiento del servicio.

2.4.Mecanismos legales de coparticipación público-privada

Los posibles mecanismos legales mediante los cuales se pueden implementar las participaciones público privadas son los siguientes:

2.4.1. La empresa de economía mixta

Podría pensarse en principio que al hablar de empresas de economía mixta (públicas y privadas), existe una discordancia frente al concepto de privatización, ya que las empresas de una u otra manera están ligadas a un régimen público. Sin embargo, hay que considerar que en realidad sí se trata de una privatización por cuanto el porcentaje de acciones que el Estado deja en manos del sector privado en realidad ha sido enajenado completamente de su patrimonio, y ha pasado a ser de propiedad de particulares, perdiéndose por tanto la titularidad pública sobre dichas acciones, sin perjuicio del régimen jurídico privado al cual se encuentra sometida la empresa de economía mixta en su operación.

A partir de la expedición de la Constitución de la República vigente en el año 2008, la figura de las empresas mixtas ha tomado mayor preponderancia. En particular en lo que nos atañe, se señala en su art. 316 que el Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria.

La regulación de las compañías de economía mixta se encuentra en la sección octava de la Ley de Compañías, a partir del artículo 308, en la cual se indica básicamente que el

Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y otras entidades del sector público podrán participar conjuntamente con el capital privado, en el capital y la gestión de este tipo de compañías.

Adicionalmente debe considerarse la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que al respecto de las empresas públicas, en el Art. 4, párrafo 2 señala que las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria (LOEP, 6 de Octubre 2010).

2.4.2. El *Joint Venture*

Este modelo se refiere a la asociación de dos o más partes que se unen con la finalidad de realizar operaciones civiles o comerciales de gran envergadura económico financiera, con objetivos limitados, dividiéndose la labor según aptitudes y posibilidades, y soportando los riesgos correspondientes según convenios que se establecen entre ellas (Argeri, 2009, pág. 7).

Doctrinariamente se lo conceptúa como una sociedad accidental, por lo que *el Joint Venture* se considera como el método de asociación más informal que existe, “constituyéndose en uno de los vehículos más adecuados a través del cual las empresas, cualquiera sea su tamaño, pueden desarrollar sus proyectos” (Echarri A & Pendás A y Quintana A, 2002, pág. 11), En la cual las personas se relacionan en una variedad de transacciones que están dentro, o tienen que ver, con sus respectivos campos de actuación. Puede formarse y disolverse rápidamente y con un mínimo de gasto; es factible de constituirse entre empresas privadas o públicas, o entre ambas.

El *Joint Venture* es un contrato que permite la participación de personas con el aporte de capital, tecnología, medios logísticos, personal, estudio de mercado, entre otros, para alcanzar un objetivo específico, lo cual implica la suma de capacidades. En este tipo de contrato de igual forma “se comparten beneficios y riesgos, con una responsabilidad común. Al establecerse un *Joint Venture* ninguna de las partes se aleja de su independencia o cambia su identidad original, sino que se unen esfuerzos para un objetivo determinado” (Palmero & Bisio de Viano, 2011, pág. 19). Desde el punto de

vista de su naturaleza jurídica el *Joint Venture* es catalogado como un contrato atípico, es decir, es aquel que no está regulado en la ley, puede ser algo nuevo, y que para cubrir ciertos vacíos o situaciones no previstas por las partes en el contrato, se requiere acudir a la regulación de contratos similares.

En razón de lo expuesto, básicamente se pueden considerar los siguientes elementos sustanciales del *Joint Venture*:

- Una contribución hecha por las partes (dinero, propiedad, trabajo, conocimiento, habilidad u otro activo) a una empresa o cometido común.
- Un interés conjunto de propiedad en la materia sobre la que verse el riesgo o aventura.
- Un derecho mutuo de control o dirección de la empresa.
- La esperanza de un lucro, ganancia o utilidad de algunas índoles.
- El derecho a participar en los beneficios.
- La limitación del objeto a un solo cometido (Palmero & Bisio de Viano, 2011, pág. 19).

En América Latina esta figura no ha sido muy aplicada, ya que se considera compleja en el esquema de negocios de la región, y un vehículo destinado a captar tecnología y a facilitar el proceso de desarrollo, particularmente para la obtención de capitales e inversiones privadas en infraestructuras y negocios típicamente públicos (Palmero & Bisio de Viano, 2011, pág. 27).

2.4.3. La privatización de empresas y servicios públicos

Se entiende por privatización genéricamente a la transferencia de actividades, derechos y activos del sector público al sector privado, dentro del ámbito de una relación género especie entre los conceptos de modernización y privatización (Argeri & Ashe, 2011, pág. 7).

En este contexto, la privatización consistiría en un mecanismo a través del cual el sector público traslada al sector privado empresas, bienes, servicios, negocios, establecimientos o derechos controlados directamente por dicho sector público.

Para analizar el concepto de privatización dentro de la legislación ecuatoriana, ha y que remitirse a la Ley de Modernización del Estado en los artículos que se transcriben a continuación:

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

[...]

b) La delegación total o parcial, o la transferencia definitiva al sector privado, de la gestión que desarrollan.

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

- a) Aporte total o parcial al capital de sociedades por acciones;
- b) Arrendamiento mercantil;
- c) Concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo;
- d) Venta;
- e) Transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas;
- f) Cualquier otra modalidad que mediante Decreto determine el Ejecutivo y que esté amparada por la ley ecuatoriana.

2.4.4. La delegación y concesión

La delegación, como su nombre lo sugiere, consiste en el encargo que hace el Estado a un particular de la provisión de un servicio público que satisfaga necesidades colectivas de naturaleza especializada, manteniéndose en el Estado la titularidad del servicio y por ende el control y regulación de la prestación del mismo dicho servicio (Argeri & Ashe, 2011, pág. 7).

Las delegaciones constituyen un mecanismo de modernización distinto de la privatización, al tenor de la legislación ecuatoriana; la Ley de Modernización del Estado contiene las siguientes disposiciones referidas a las delegaciones:

Art. 6.- Delegación.- El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos y la exploración de recursos naturales no renovables de su propiedad. Esta delegación se hará por cualesquiera de los medios establecidos en la Constitución, garantizando que, si se tratare de servicios públicos, éstos responderán a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, con especial énfasis en la determinación cuantitativa de precios y tarifas; y si

se tratare de la exploración y explotación de recursos, se realice en función de los intereses nacionales.

Art. 41 - Delegación.- El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar... El Estado cumplirá con su obligación de atender la educación y la salud pública de los ecuatorianos conforme los mandatos de la Constitución y sin perjuicio de la actividad que, en dichas áreas cumpla el sector privado...

Cabe señalar que estas disposiciones deben analizarse en el marco de lo previsto en la Constitución vigente desde el año 2008, que señala en su artículo 316 que el Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. A su vez y de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades.

Art. 46.- Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del medio ambiente. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. Las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración.

La disposición relativa a la garantía de la estabilidad de las condiciones contractuales también se encuentra reflejada en otras normas.

El artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, “concretó a nivel legal la tímida posibilidad concebida en el artículo 316 de la Constitución de la República, de delegar a la iniciativa privada la prestación de servicios públicos en forma excepcional”.

El artículo 100 exige como requisito para que opere la delegación, la calificación de excepcionalidad por parte del Presidente de la República, siempre y cuando concurra alguna de las circunstancias que se mencionan a continuación:

- a) Que sea necesaria y favorable al interés público.

- b) Que no exista capacidad técnica o económica a nivel estatal para la prestación del servicio público.
- c) Que la prestación no pueda estar en manos de empresas públicas o mixtas.

De acuerdo al artículo 100, inciso 3° del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, prevé los siguientes mecanismos de delegación, las modalidades de delegación permitidas contemplan fundamentalmente la concesión, la asociación y la alianza estratégica y señala que “la selección del delegatario se hará a base del procedimiento de concurso público que prevea el reglamento respectivo” (Asamblea Nacional, 2010).

El artículo 100 de este Código también hace referencia al reglamento para efectos de aplicación del procedimiento de selección del contratista, lo que permitía suponer que el denominado “concurso público” tendría mecanismos propios, distintos a los que se aplican respecto de los procedimientos que prevé la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como por ejemplo la licitación.

Considerando el tema en investigación, la Ley de Modernización del Estado, tiene como objeto (art. 1) establecer las normas y principios para regular:

- c) La prestación de servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa privada mediante la desmonopolización, la libre competencia y la delegación de los servicios o actividades previstas en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la República; y,
- d) La enajenación en las circunstancias establecidas en esta Ley, de la participación del Estado en las empresas estatales no previstas en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la República o de las mixtas señaladas en el numeral dos del mencionado artículo 46’.

Aunque los literales mencionados anteriormente fueron sustituidos por otro texto mediante Decreto Ley–2000- 1, correspondiente a la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana (Asamblea Nacional, 2000), sin embargo, el Tribunal Constitucional mediante Resolución 193- 2000-TP (Tribunal Constitucional, 2000), declaró la inconstitucionalidad de fondo y la suspensión total de los efectos de los textos introducidos por la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación

Ciudadana.

No obstante estas modificaciones legales, se puede decir que el espíritu de la Ley de Modernización se justifica por sus alcances y objetivos que tienen el propósito de regular la prestación de servicios públicos y actividades económicas por parte de la iniciativa privada.

En relación a la delegación y privatización, el Reglamento Sustitutivo al Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado reconoce como otros mecanismos jurídicos amparados por el derecho ecuatoriano al concurso, el remate y la contratación directa. Este último mecanismo sólo podrá aplicarse en los casos en que los empleados y trabajadores de las respectivas entidades u organismos sean los interesados en la delegación o privatización (Reglamento LME, 2007, pág. Art. 61)

También se dispone que las únicas instalaciones con las que se debe prestar el servicio público sean de propiedad del interesado; o, quienes quieran participar en la *privatización o delegación* sean usuarios titulares de los servicios prestados que se asocien en cooperativas u otras organizaciones sin fines de lucro (Art. 61).

Así mismo el Art. 129, del Reglamento Sustitutivo al Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, dispone que “Los servicios públicos serán prestados o asumidos por el sector privado mediante delegación expresa que hagan a su favor las autoridades competentes”. (Reglamento LME, 2007, pág. Art.129)

En razón de ello en el mismo artículo 129 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, se puntualiza que, dicha delegación podrá ocurrir mediante las modalidades de concesión de obra pública o de servicio público o concesión de uso; en este último caso podrá admitirse el arrendamiento mercantil, la licencia, el permiso, autorizaciones y convenios de asociación u otra figura jurídica que determine el CONAM⁴ [...] La delegación podrá realizarse mediante la combinación de una o más modalidades antes referidas de conformidad con las exigencias de cada caso particular [...].

⁴ Las funciones del CONAM están a cargo de la SENPLADES desde el año 2007.

2.4.5. De los permisos

El Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado se refiere a los permisos en la siguiente forma:

Art. 67.- Las condiciones en que se extiendan permisos, autorizaciones y otras formas de delegación diferente a la concesión, serán las que rijan en las respectivas leyes sobre la materia...

Sin embargo, ni la Ley de Modernización del Estado ni su Reglamento hacen referencia alguna a los permisos y sus procedimientos. En principio podría pensarse que se refieren a los permisos tradicionales del derecho administrativo, tales como los permisos municipales de construcción y similares, pero la interpretación del espíritu de la norma señala que para distinguirlos de los procedimientos tradicionales, los permisos equivalen a una modalidad precaria de concesión y de plazo corto, tal como lo regula el Reglamento General de la Actividad Portuaria en el Ecuador, que constituye la ley de la materia portuaria para los permisos, y bajo la cual funcionaron hasta el año 2007 varios permisionarios en el Puerto de Guayaquil, hasta que inició su concesión.

A manera de ejemplo en relación a los permisos, el artículo 34 del Reglamento General de la Actividad Portuaria en el Ecuador, respecto a las condiciones y modalidades de utilización de partes del dominio público portuario menciona que la utilización temporal por corto plazo será en los casos de actividades de tipo coyuntural o puntual y cuando las personas del sector privado no requieran la realización de inversiones en instalaciones fijas para el uso al que se destinen, exigirá en todo caso el otorgamiento de un permiso, en la forma establecida.

2.4.6. La concesión

El Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado se refiere a las concesiones en la siguiente forma:

Art. 69.- Las concesiones serán otorgadas al sector privado con el objeto de que éste último por su cuenta y riesgo, en las condiciones estipuladas en la licitación y el contrato, planifique y construya una obra pública, mantenga y mejore una ya existente, o preste un servicio público a cambio de recibir una utilidad por sus inversiones y trabajo.

De esta norma y de acuerdo a Dolores Rufián (2012) se desprende que:

- Las concesiones pueden ser de obras públicas o de servicios públicos.
- Si se trata de obras públicas el objetivo de la concesión consistirá en planificar y construir una obra pública, o en mantener y mejorar una ya existente.
- Son características comunes a ambas clases de concesiones:
 - Que el concesionario debe obrar por propia cuenta y riesgo;
 - Que el concesionario debe acatar las condiciones estipuladas en la licitación y el contrato;
 - Que la prestación que espera el concesionario consiste en recibir una utilidad por sus inversiones y trabajo.

- Doctrinariamente la concesión es un contrato por el cual una persona administrativa (concedente) encarga a otra persona (natural o jurídica) privada (concesionario), la gestión y funcionamiento bajo su propio riesgo y ventura, de un servicio o gestión pública, proporcionándole a cambio ciertas ventajas, y, en particular, la percepción de las tarifas pagadas por los usuarios.

- Continuando con definiciones de concesión, se podría decir que éstas son contratos de largo plazo, durante el cual se asegura:
 - La continuidad del servicio;
 - La igualdad en el tratamiento a los usuarios; y,
 - La adaptación permanente a las necesidades comerciales que surjan de la prestación de dicho servicio público (flexibilidad) (Rufián D, 1999, pág. 47).

En el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, se puede encontrar normativa para las concesiones en los siguientes sectores:

- De obras públicas;
- De uso o servicios públicos;
- Del sector portuario;
- Del sector eléctrico; y.
- Del sector agua potable y saneamiento ambiental.

Entonces la concesión de servicios públicos corresponde a un contrato en la función administrativa mediante el cual un Organismo estatal encomienda o delega a una persona, de manera temporal, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, a costa y riesgo del concesionario, aceptando la vigilancia y control del Organismo concedente” (Sarmiento García, 1999, pág. 29).

2.5. La Participación Público Privada en el Ecuador

Parte de las políticas de Estado del actual régimen ecuatoriano es darle una mayor importancia a lo que constituye el cambio de su matriz productiva. Aunque se han generado avances y desarrollado ciertos sectores de la economía, aún falta mucho por hacer. Las empresas ecuatorianas no tienen todavía la capacidad de satisfacer las demandas de su población y menos aún, salvo algunas excepciones, llegar a los estándares de calidad internacionales.

El socialismo del siglo XXI ha sido el término usado para definir la ideología de gobiernos y movimientos políticos progresistas que hoy se encuentran gobernando una buena parte de América Latina, y se simplifica como “el socialismo del siglo XXI es uno que no olvida que las diferencias económicas y de clase marcan las relaciones de poder” (Romo M, 2008). El régimen actual dice aplicar la ideología del socialismo del siglo 21, con una tendencia de mayor apoyo al sector público que al privado, donde se trata de optar por una mayor planificación, aunque a pesar de ello no se haya logrado cumplir del todo con la prestación efectiva de los servicios públicos.

Es claro que, el Estado debe definir prioridades y determinar qué tipos de proyectos son más importantes que otros y buscar un bien colectivo más que uno individual.

En este sentido, a criterio del investigador, los hechos han demostrado que en el Ecuador ni la nacionalización o estatización, ni la privatización de la prestación de los servicios públicos han sido los mejores caminos para la efectiva prestación de los mismos. En consecuencia, sería conveniente insistir más en proyectos que permitan de manera conjunta trabajar entre el sector público y privado, para una efectiva prestación

de los servicios públicos. De esta forma se podrían satisfacer las necesidades básicas, propiciar el dinamismo económico del país y mejorar la infraestructura.

Al existir una mayor delegación de la empresa pública hacia la empresa privada, o con acuerdos de cooperación mixta, habría un mayor crecimiento de las dos partes en beneficio de la comunidad.

En el caso del Ecuador, y como se mencionó anteriormente, este proceso empezó a finales de la década de los noventa. La materialización de estas decisiones en el Ecuador se implementa a través de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

La Ley de Modernización del Estado, la cual instauró al CONAM (Consejo Nacional de Modernización del Estado), como organismo administrativo encargado de dirigir, coordinar y supervisar los procedimientos establecidos en dicho cuerpo normativo, mediante Decreto Ejecutivo 103, publicado en el Registro Oficial N° 26-S, del 22 de febrero de 2007, estableció que todas las atribuciones del CONAM, serán ejercidas por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES, 2007)

Entre los ejemplos en obras cercanas a la ciudad de Quito, se cuenta aquellas que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas entregó a la concesionaria PANAVIAL S.A., para las obras de ampliación de 2 a 4 carriles del sub-tramo Calderón - Guayllabamba, de 18.30 km de longitud; y, para la ampliación del sub-tramo Colibrí - Pifo - Santa Rosa de Cusubamba, de 53,26 km de longitud (MTOP, 2010)

Como obras por llevarse a cabo el alcalde de Quito, ha señalado que desde el Municipio se impulsa la iniciativa de alianza pública para la ejecución de obras como los Metrocables e *infraestructura vial*. Señalando que el cabildo mantendrá la rectoría sobre estos proyectos, sin descartar que la empresa privada pueda amortizar la inversión a realizarse, con la operación de las obras (Ecuador inmediato, 2015).

2.6. Sujetos que participan en la prestación de los servicios públicos en Ecuador, bajo el modelo de concesión

En la prestación de los servicios públicos se identifican varios participantes, como son el prestador, el usuario y el agente público que ejerce la regulación; a continuación se analiza cada uno de ellos.

2.6.1. El prestador

Respecto al prestador, se manifiesta que:

Es el sujeto que asume la gestión del servicio público y este no puede formar parte del ente regulador o controlador, el prestador puede ser un particular o privado, persona natural o jurídica y además se puede tener un prestador público que vendría a ser cualquier entidad u organismo del Estado. En el caso de que el prestador del servicio público sea un ente particular o privado, estos como unidades no estatales, deberán contar con su respectivo título habilitante, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en la norma jurídica. Dicho título habilitante debe estar reconocido en una norma jurídica y estos pueden ser la concesión, licencia, permiso o autorización y siempre bajo una modalidad contractual (Galeano, 2013, pág. 2).

Es decir, “el concesionario es el prestador del servicio público que tiene un título habilitante de concesión”. “Para algunos autores la concesión es un acto administrativo bilateral, pues en la formación de la voluntad participan elementos privados, mientras que otros autores consideran a la concesión como un contrato” (De la Fuente, 2012).

Ahora bien, a parte de la concesión, existen otras figuras para delegar la prestación de los servicios públicos a un tercero, como por ejemplo:

a) La Licencia:

El licenciataria contará con un título habilitante de licencia que siempre es un acto administrativo a través del cual el Estado cede ciertas prerrogativas públicas a un particular. Esta delegación se caracteriza por no tener un plazo determinado. Se puede terminar unilateralmente, por ejemplo, las radiodifusoras (Puig, 2003).

El Estado presta directamente el servicio público en virtud de las potestades atribuidas a un órgano u organismo del Estado, considerando que la relación subjetiva es de carácter administrativo, en donde, el Estado en función de su característica de imperio ejerce su potestad directamente sobre el administrado (Paredes D, 2008)

Ello exterioriza su voluntad por medio de actos jurídicos públicos, a los cuales la doctrina administrativa los denomina actos administrativos, y cuyas características específicas las regula la ley.

2.6.2. Los usuarios

El principal objetivo de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LDC) es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, protegiendo los derechos de éstos últimos, es así que en su artículo segundo define el término consumidor como: “Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente Ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario” (LDC, 2010).

De igual manera, la Constitución al tratar sobre los derechos a los usuarios del servicio público, entre otros temas manifiesta que “las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características” (Constitución del Ecuador, 2008).

De igual manera, dispone que “las leyes correspondientes asegurarán y establecerán los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de los consumidores, al igual que las sanciones y reparaciones por vulneración de estos derechos” (Constitución del Ecuador, 2008). Finalmente, la Carta Magna garantiza “el derecho de asociación de los usuarios y consumidores con la finalidad de promover la información de sus derechos”.

2.6.3. Entes de Regulación y Control

En la Constitución, en su artículo 85 se establecen ciertas disposiciones y principios que regirán la ejecución, evaluación y control de los servicios públicos, donde entre otras disposiciones se señala que “las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneran o amenacen con vulnerar derechos constitucionales” (Constitución del Ecuador, 2008).

Por otro lado, existen organismos encargados de controlar la efectiva prestación de los servicios públicos, son varios, pero los más importantes son:

- **Consejo de Participación Ciudadana y Control Social:** es el organismo encargado de impulsar y establecer los mecanismos de control social relacionados con asuntos de interés público. Dentro de sus principales funciones se encuentran las de establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones del sector público, el control social y la lucha contra la corrupción.
- **Contraloría General del Estado:** es el organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.
- **Superintendencias:** son los organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten a las normas correspondientes y atiendan al interés común.
- **Procuraduría General del Estado:** es un organismo público, técnico jurídico cuyo principal objetivo es la representación judicial del Estado y sus instituciones. Sin embargo, este organismo también es el encargado de absolver las consultas jurídicas que planteen las entidades del sector público y controlar los actos y contratos que éstas suscriban.
- **Los Ministerios de Estado:** como parte de la función ejecutiva y a través de su respectivo ministro o ministra, también actuarán como órganos de regulación dentro del área a su cargo. Además, existen distintos organismos de menor jerarquía que también se encargan de regular la efectiva prestación de los mismos.

CAPÍTULO III

APLICACIÓN DE LOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO- PRIVADOS A LA VIALIDAD

3.1. Hallazgos relevantes

La presente investigación analiza la vialidad desde el punto de vista de los *servicios públicos*, los cuales forman parte de las obras de infraestructura necesarias para que las personas que viven en un determinado territorio o asentamiento humano, alcancen un nivel de vida adecuado y saludable, siendo reconocidos como servicios básicos: “el sistema de abastecimiento de agua potable; alcantarillado, aguas servidas, y drenaje de aguas pluviales; el sistema vial; el de alumbrado público; red de distribución de energía eléctrica; servicio de recolección de residuos sólidos; de la seguridad pública; asistencia médica; establecimientos educativos” (Banco Mundial, 2012, pág. 12).

En este acápite se analiza la aplicación de los modelos de participación público-privados a la vialidad, por lo que para ello se describe el ambiente público-privado en el sector de la vialidad en el Ecuador; la factibilidad de la instrumentación de Sistemas de Colaboración Público Privadas; un análisis comparativo de normativas vigentes en algunos países de Latinoamérica y España para finalmente analizar la normativa para la aplicación de los modelos de participación público-privados a la vialidad.

En razón de ello el objeto o finalidad del servicio público es satisfacer una necesidad pública, colectiva, de interés público (Gordillo A, 2010, pág. 186), considerando que el acceso a los servicios básicos es un indicador de las condiciones favorables en el bienestar social y del nivel relativo de desarrollo; por lo que la mayor cobertura de los mismos a favor de una mayor población reduce las disparidades sociales, y sugieren un mejor nivel de desarrollo, incidiendo en una mejora de la calidad de vida (Banco Mundial, 2012, pág. 18). En razón de ello para poder satisfacer a la mayor cantidad de la población se requiere que el gobierno considere la participación conjunta público – privada en relación a la vialidad.

3.2. Aplicabilidad del modelo público-privado en el sector de la vialidad en el Ecuador

Los variados modelos de asociación público privada son aplicados a las áreas de la economía donde el Estado interviene de una u otra forma, es decir, en sectores de la economía donde tienen incidencia pública o donde conforme a las obligaciones del Estado, incidan en el desenvolvimiento del país. Es responsable por la provisión de servicios públicos como la vialidad, y otros.

En todo país al igual, la infraestructura vial tiene una gran importancia para el desarrollo de los pueblos, en razón de que las vías terrestres permiten conectar los centros de producción y consumo, por lo que su construcción y mantenimiento, se convierten en un tema estratégico para los gobiernos.

En el Ecuador al igual que en otros países, la red vial estatal está integrada por las vías primarias y secundarias, que permiten intercomunicar ciudades, poblados, puertos de frontera y centros de actividad económica; además en el país existen redes viales provinciales y cantonales, desarrolladas por los concejos provinciales y cantonales. Es así como el Estado ecuatoriano ha emprendido un paulatino proceso de transferencia de actividades productivas al sector privado, pasando de estado ejecutor ha estado regulador; destacándose la participación privada en la construcción, mantenimiento y operación de carreteras, a través del sistema de Participaciones Públicas Privadas y adoptando la figura de concesiones.

De acuerdo a la Dra. Vianna Maino I, en su obra *Mecanismos de asociación público-privada*, de manera general se puede clasificar los sectores en los que se pueden aplicar los diversos mecanismos de coparticipación, de conformidad con el nivel de riesgo político-social para los ciudadanos y los gobiernos, y la rentabilidad que representen para el sector privado, según se plantea en el cuadro que consta a continuación (Maino, 2010, pág.41).

Gráfico 4 Sectores para aplicación en los diversos mecanismos de coparticipación



Fuente: (Maino V, 2013, pág. 41)

Recopilado por: Autor

De acuerdo al análisis del gráfico anterior cuando se trata de la viabilidad que entra dentro de la variable transporte, si viene es cierto se requiere una mayor participación de la empresa privada, el riesgo político-social es menor, lo cual es conveniente para el gobierno.

3.3. Factibilidad de la instrumentación de Sistemas de Colaboración Público Privadas en el sector de la viabilidad.

Son varias las instituciones públicas relacionadas con el proceso de concesiones viales, entre las cuales se destacan: el Consejo Nacional de Modernización del Estado, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y las Unidades de Concesiones del MTOP.

Además están relacionadas de una u otra manera el Fondo de Solidaridad para el Desarrollo Humano de la Población Ecuatoriana, Senplades, el Instituto Nacional de Estadística y Censos, el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, el Ministerio de Finanzas y Crédito Público, el Ministerio de Turismo, el Ministerio del Medio Ambiente, la Procuraduría General de Estado, la Superintendencia de Bancos, la Superintendencia de Compañías, los Consejos Provinciales, los Consejos Municipales,

el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, el Instituto Ecuatoriano de Normalización y la Comisión de Tránsito del Guayas.

Las interrelaciones de las diferentes instituciones del Estado están normadas en el Reglamento de Funciones de la Unidad de Concesiones (MTOPE, 2015). Desde el punto de vista jurídico el Ministerio de Obras Públicas es el responsable de la administración, control, supervisión y ejecución de obras en el sector vial ecuatoriano. Actúa además, como ente rector de las políticas en materia vial y como entidad concedente en los procesos de concesiones.

Tabla 4 Sistemas de Colaboración Público Privadas en el sector de la viabilidad.

Criterio de Factibilidad	Descripción
Legal	Existe un amplio marco legal detallado anteriormente, en los que se fundamentan todos los modelo de colaboración público-privada.
Modelo de Cooperación	Economía mixta, Joint Venture, Privatización, Delegaciones. Figuras legales que tienen una fundamentación legal y que llevar adelante todos los proyectos dependiendo de sus características particulares y tomando como referencias experiencias o antecedentes aplicados en otros países.
Financiamiento	Existen diferentes mecanismos de financiamiento, tales como: <ul style="list-style-type: none"> • Fondos gubernamentales: créditos, garantías, avales; • Inversiones gubernamentales; • Créditos de terceros vinculados con el proyecto: proveedores, compradores, constructores; • Créditos de organismos multilaterales, basados en los activos de los promotores o del gobierno local;

Criterio de Factibilidad	Descripción
	<ul style="list-style-type: none"> • Recursos del mercado de capitales, a base de los activos de los promotores o del gobierno local; vi. Titularización de los flujos de fondos del proyecto.
Riesgo/retorno	<p>Existen tres elementos determinantes para obtener la financiación de un proyecto B. T. O:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los flujos del proyecto deben ofrecer una rentabilidad atractiva al capital de riesgo; • El valor de las garantías, colaterales y seguros afectos al proyecto deben brindar certeza a los acreedores con respecto al pago de las deudas; y, • La estructuración financiera debe estar configurada de manera que los riesgos del proyecto en sí se encuentren debidamente separados de los riesgos que corresponden a los promotores.

Fuente: (Maino V, 2013, pág. 58)

Ecuador inició procesos encaminados a delegar al sector privado una mayor participación en sectores estatales. En 1992, el arquitecto Sixto Durán Ballén, Presidente de la República, expidió varias normas que permitían la privatización y la concesión de ciertas áreas al sector privado, con la concesión las empresas privadas se constituyen en socias del Estado mientras que en la privatización el bien del Estado se vende a la empresa privada. Estas reformas no llegaron a consolidarse, especialmente las privatizaciones, por lo que únicamente se privatizó Ecuatoriana de Aviación, Cemento Nacional, entre otras pocas entidades; ni las empresas eléctricas ni la petrolera estatal fueron privatizadas. No así en lo referente a concesiones, en las que logra incentivar la inversión privada hacia varios proyectos estratégicos, que se proyectan hasta la década siguiente, en la que en el país se desarrollan varios proyectos de vialidad, aeropuertos, puertos, generación de electricidad, oleoductos y prospección petrolera, entre los más relevantes.

Históricamente la relación del sector privado con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas se ha limitado a la contratación de trabajos para construcción y rehabilitación

de vías, teniendo como referencia las normas generales de la Contratación Pública; con la concesión, las empresas privadas aparecen como socias del Estado, lo que difiere de la privatización ya que en esta figura el bien público se vende a la empresa privada (MTOPE, 2015).

El Ministerio de Transporte y Obras Públicas es el responsable de la administración, control, supervisión y ejecución de obras en el sector vial ecuatoriano, por medio de la Subsecretaría de Delegaciones y Concesiones del Transporte; esta unidad se encarga de mejorar la prestación de los servicios de transporte en todas sus modalidades, a través de los procesos de delegación y concesión, garantizando a los usuarios servicios seguros, oportunos y de calidad (MTOPE, 2015).

El Ecuador dispone de una Política Nacional de Concesiones Viales vigente a partir del año 1998, donde se considera que la política de concesiones viales en el Ecuador está relacionadas con tres elementos básicos. a) el proceso de reformas estructurales emprendido en el Ecuador, en el contexto de la Modernización del Estado; b) el marco jurídico que regula la participación del sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; y, c) la programación de estudios y obras para el desarrollo de la infraestructura vial.

El proceso de concesiones se sustenta en un marco jurídico integrado por:

- Ley de Modernización del Estado.
- El Reglamento de la Ley de Modernización del Estado.
- Ley de Caminos.
- Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social.
- Los demás cuerpos jurídicos - normativos que tienen incidencia directa o indirecta sobre este proceso.

El siguiente cuadro comparativo se lo realiza en base a los Informes de investigaciones realizada por la Universidad Politécnica de Cataluña Barcelona - UPC – denominado con el nombre de: "Estudio comparativo del modelo concesional de infraestructuras entre España y Colombia 2012"; PPS en México Esquema general para realizar

proyectos carreteros bajo la modalidad de Proyectos para Prestación de Servicios (PPS) elaborado por el ministerio del transporte de México; y la política Nacional de concesiones viales, ejecutada por el ministerio de OO.PP del Ecuador.

Tabla 5 Cuadro comparativo de normativas vigentes en España y algunos países de Latinoamérica

CARACTERÍSTICAS	ESPAÑA	COLOMBIA	ECUADOR	MÉXICO
CONTRATO DE CONCESIÓN.	Definiciones del contrato similares en cuanto a Objeto y Contraprestación,	Definiciones del contrato similares en cuanto a Objeto y Contraprestación.	Deberá incorporar en forma fiel las especificaciones constantes en las bases. Formarán parte integrante del mismo las bases, los formatos, pro formas o modelos económico financieros de presentación de ofertas(art. 3)	El contrato PPS se adjudicará en forma directa a la empresa titular de la concesión inmediatamente después de la expedición del título respectivo y tendrá la misma vigencia que la concesión.
		Claridad en la definición en cuanto al Control y vigilancia de la prestación de servicio por parte de la entidad Concedente.		
PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN.	Permite la posibilidad de plantear mejoras a las reformas, durante el proceso.	Marco legal específico para definir las condiciones de adjudicación para los proyectos de asociación público-privada de Iniciativa Privada.	Art. 48.- Precalificación de firmas.- Será decisión del ente concedente realizar una precalificación de firmas, dependiendo de las condiciones particulares del	El criterio que utilizará la SCT para seleccionarlo tomará en cuenta los siguientes aspectos:

CARACTERÍSTICAS	ESPAÑA	COLOMBIA	ECUADOR	MÉXICO
	Existe la subasta electrónica en el proceso de adjudicación.		proyecto, de conformidad con el Art. 159 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado.	Cumplimiento de los requisitos legales, técnicos, económicos y financieros establecidos.
	Práctica común de la Baja en los procesos de contratación.			La calidad y solvencia de la propuesta técnica.
	Se puede adjudicar concesiones mediante Procedimiento Negociado.			La congruencia entre la propuesta técnica y la propuesta económica; y
	La estética de los Proyectos es un criterio de Selección.			El menor valor presente neto homologado del pago integrado periódico que solicite el concursante por la prestación del servicio.

CARACTERÍSTICAS	ESPAÑA	COLOMBIA	ECUADOR	MÉXICO
GARANTIAS	Garantía Global o Total para efectos de cumplimiento.	Garantía Única o total para efectos de cumplimiento.	Art. 28.- Garantías.- El concesionario deberá constituir y presentar a satisfacción del ente concedente las garantías de seriedad de la propuesta, de buena inversión del Aporte de Gobierno, de fiel cumplimiento del contrato, de estabilidad de obras, de responsabilidad civil extracontractual, por restablecimiento del equilibrio económico financiero por un plazo no	Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del inversionista proveedor el título de concesión lo obliga a entregar una fianza por un monto equivalente al presupuesto de sus costos por los subsecuentes dos años calendario que corresponda a la operación de la vía concesionada.
	Garantía Provisional, válida y vigente hasta antes de formalizar el contrato.	Póliza de seriedad de la oferta Póliza de responsabilidad extracontractual.		
	Garantía de Responsabilidad Civil.	Hay posibilidad de Fraccionar el valor y el cubrimiento de la garantía cuando las condiciones del proyecto permiten su desarrollo en fases.		

CARACTERÍSTICAS	ESPAÑA	COLOMBIA	ECUADOR	MÉXICO
	La entidad Aseguradora está en obligación de responder por la garantía cuando el concesionario deja de pagarla.	Responsabilidad del concedente cuando una entidad aseguradora decido no prorrogar una garantía.	inferior a cuatro años, y las demás que se prevean en las bases de licitación y en el contrato respectivo.	Para garantizar sus obligaciones, el inversionista proveedor podrá otorgar cualquier tipo de garantía permitida por las leyes aplicables y autorizadas previamente por la SCT.
	<u>Pólizas en Operación de la concesión:</u>	Póliza de Buen manejo de Anticipo.		
	Todo Riesgo Daños	Pólizas en Operación de la concesión:		
	Materiales (seguro obra acabada)	Póliza de Pago de Obligaciones Salariales.		

CARACTERÍSTICAS	ESPAÑA	COLOMBIA	ECUADOR	MÉXICO
	Seguro Decenal de daños a la edificación.	Póliza de estabilidad de la Obra.		
		Póliza de Correcto Funcionamiento de los Bienes		
RIESGOS	Hay tipificación de los riesgos, donde el concedente es quien los asume en su totalidad, pero se maneja de manera recíproca el Principio de Equilibrio Económico, lo que reparte un poco los riesgos entre el estado y el concesionario.	Rigurosidad en la Tipificación y asignación del riesgo en el proceso licitatorio.	Art. 27.- Riesgos.- Todo contrato de concesión deberá definir en una matriz qué riesgos	Los riesgos se distribuyen entre la entidad contratante y el inversionista proveedor de manera que cada riesgo sea asumido por la parte que mejor pueda controlarlo o mitigarlo.
			asume el concedente y cuáles asume el concesionario. Además, se deberán establecer los mecanismos y formas de compensación entre las	
		Los Proyectos de licitan con la matriz de distribución de riesgo bien definida.	partes para los casos de ruptura del equilibrio económico financiero.	El inversionista asume la mayor parte de los riesgos de diseño, financiamiento,
		En su mayoría los riesgos los asume el concesionario.		

CARACTERÍSTICAS	ESPAÑA	COLOMBIA	ECUADOR	MÉXICO
			El concesionario asumirá los riesgos técnicos y financieros del proyecto	modernización, operación, conservación y mantenimiento de los activos con los que presta sus servicios
FINANCIACION	No hay financiación por parte del estado, aunque en algunos casos el estado actúa como prestamista del concesionario, y el valor de los intereses varía de acuerdo a los índices de tráfico de la concesión.	Está establecida y permitida la financiación por parte del estado de parte de las obras.	Corresponderá al concesionario asumir el riesgo de financiación del proyecto y realizar el cierre financiero en los plazos, montos y condiciones que se fijen en las bases y en el contrato (art.13)	El inversionista proveedor: Será responsable de obtener el financiamiento necesario para prestar el servicio.
	Las comunidades autónomas pueden aportar dinero pero como socios inversionistas del proyecto.	Financiación estatal no puede ser superior al 20%, en proyectos de iniciativa privada.	Si se trata de una concesión de obra pública se podrá acordar que el ente concedente entregue	Podrá garantizar el cumplimiento de los compromisos financieros que adquiriera

CARACTERÍSTICAS	ESPAÑA	COLOMBIA	ECUADOR	MÉXICO
			directamente o a través del financiamiento que éste reciba, aportes de Gobierno para la financiación del proyecto mientras no esté en etapa de explotación (art. 13).	con el pago periódico y multianual que recibirá por la prestación del servicio
		La ley permite diferentes medios de financiación, en busca de promover el desarrollo de los proyectos.		Deberá utilizar el modelo financiero contenido en su propuesta para llevar a cabo el proyecto.
PLAZO	Máximo 40 años con prórrogas excepcionales de un máximo un 15%	Máximo 30 años prórrogas incluidas.	Veinte años, o para el plazo requerido por el proyecto (art. 66)	Veinte años, o para el plazo requerido por el proyecto.
		Solo se puede superar este tiempo si la estructuración financiera lo demuestra y debe realizarse un proceso especial.		

CARACTERÍSTICAS	ESPAÑA	COLOMBIA	ECUADOR	MÉXICO
EXTINCIÓN DE CONCESIONES	Hay procesos de extinción cuando se ha cumplido el plazo y Resolución cuando no se ha cumplido.	Se habla de Terminación del contrato cuando se ha cumplido el plazo y de Resolución cuando no se ha cumplido.	Art. 31.- Causas para terminación.- Son causas de terminación del contrato las siguientes: a) Vencimiento del plazo; b) Mutuo acuerdo; c) Caducidad;	La terminación de la concesión necesariamente implica la terminación del contrato PPS.
	La ley establece que la Resolución debe estar acompañada de un estudio económico para definir los valores a pagar a los contratistas.		d) Terminación unilateral de parte del ente concedente; e) Obtención del retorno de la inversión en la concesión de obra pública; y, f) Declaratoria Judicial o Arbitral de Resolución del	De darse la terminación anticipada del contrato PPS, los derechos exclusivos de la concesión existente se mantendrían vigentes para dar lugar a una

CARACTERÍSTICAS	ESPAÑA	COLOMBIA	ECUADOR	MÉXICO
	Hay resolución contractual cuando el estado se demora más de 6 meses en entregar los predios.	Hay mecanismos legales para establecer el equilibrio financiero del concesionario cuando hay resolución del contrato, pero la resolución es un proceso poco común.	Contrato.	nueva adjudicación de un contrato PPS, siempre y cuando los derechos de la concesión hayan sido cedidos a un tercero con la autorización de la SCT, en los términos permitidos por la Ley de Caminos.

Fuente: (Maino V, 2013, pág. 141), (OO.PP México, 2012, pág. 21); (Robalino J, 2010)

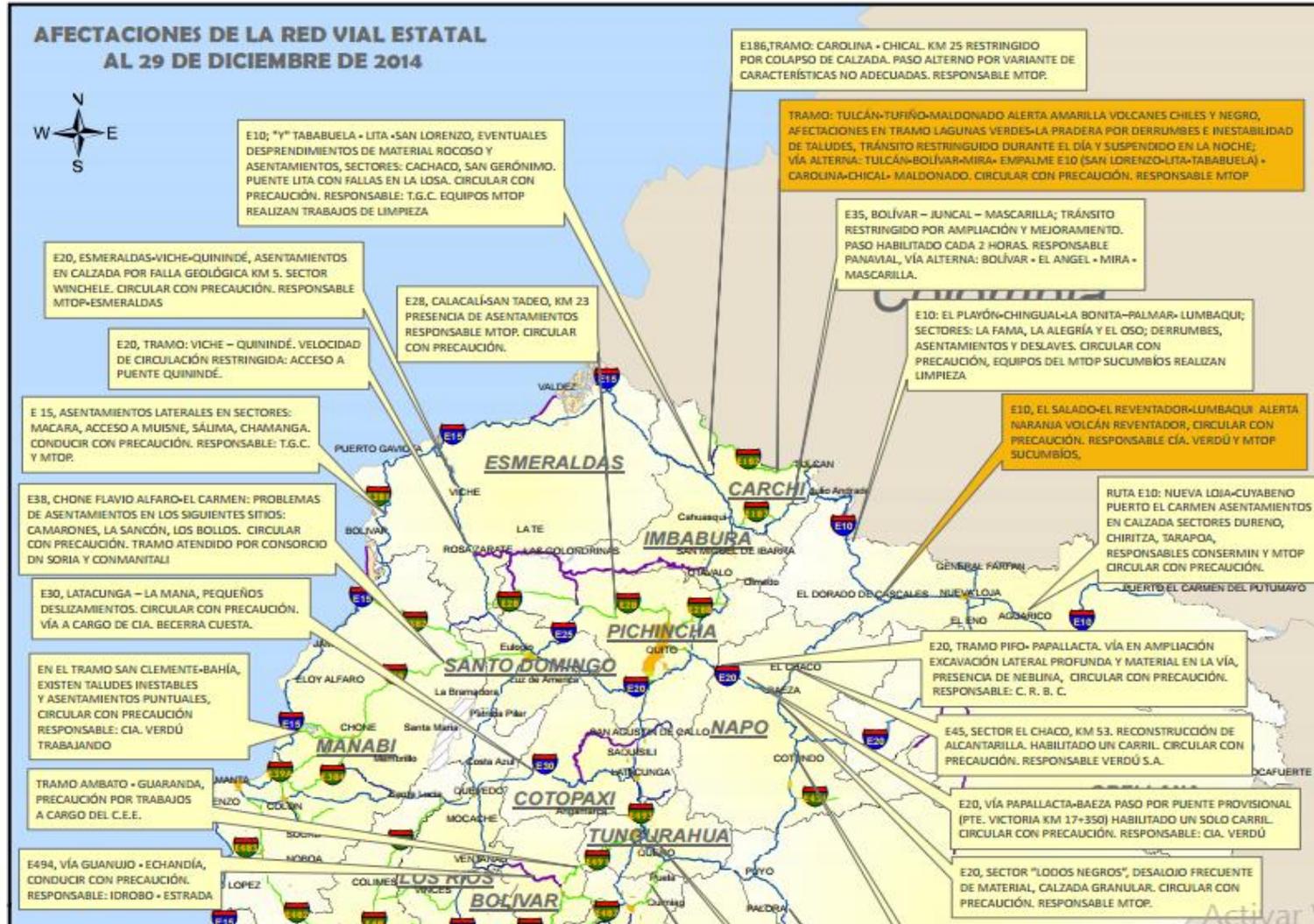
Según se observa en el cuadro anterior, en España, Colombia, Ecuador y México, existe un marco normativo que regula, con mayor o menor eficiencia y claridad, los proyectos de participación públicos privados PPP. Los elementos que los componen como son: contrato de concesión, procedimiento de selección, garantías, riesgos, financiación, plazo y extinción de concesiones, en unos casos son similares, en otros diferentes, la discusión de estos aspectos que se consideran parte de los resultados relevantes, se exponen en el siguiente subtema.

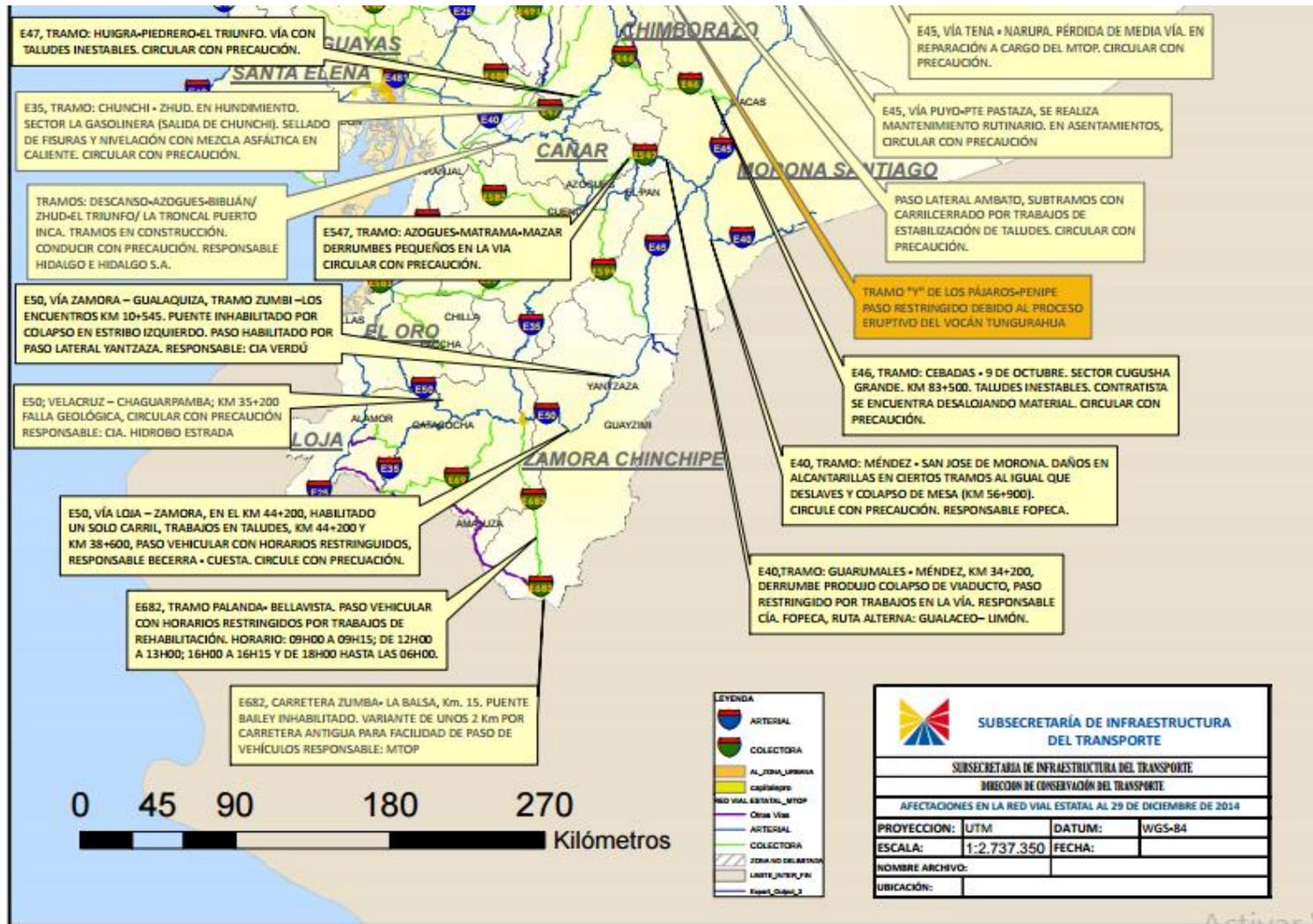
3.4. Referencias (Casos)

El Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTOPE) es la cartera de Estado que tiene por funciones emitir y aplicar políticas para la gestión del transporte y obras públicas, que impulsan el desarrollo coordinado y articulado, de las diversas modalidades transporte, transporte multimodal, y su infraestructura, en busca de optimizar y modernizar la red vial que asegura la conectividad interna y externa del Ecuador (MTOPE, 2015).

De fuentes del ministerio del transporte y Obras Públicas se señala que para el año 2015, el gobierno se orientará a la construcción de las superautopistas con un nuevo modelo de contrato; en consecuencia el Estado no va a pagar la infraestructura vial nueva, sino que el tráfico de la vía generará los recursos, condiciones de calidad y de servicio en los diversos tramo (MTOPE, 2015).

Gráfico 5 Afectaciones de la red vial estatal al 29 de diciembre de 2014





Fuente: MTOP, 2015

3.5. Viabilidad jurídica para la aplicación de los modelos de participación público-privados a la vialidad.

Considerando la experiencia previa de otros países en la región, tomadas como referencia y las condiciones favorables de la economía del país debido a los ingresos petroleros, permitieron que hace poco el Ecuador desarrolle un sistema vial con una cantidad de vías de primer orden que unen las principales poblaciones del país, además de unir otras poblaciones antes postergadas. Esto ha creado el precedente de ofrecer a los ciudadanos, servicios de calidad satisfactoria, en lo que a vialidad corresponde, destacándose la participación público-privada en la ejecución de estas obras.

El criterio de que las coparticipaciones no deben tener carácter fiscalista o de generación de recursos para el Estado como variable de adjudicación, ha ido quedando atrás. “Esta práctica ha resultado negativa en otros países, y distorsiona lo que debe ser el objetivo de una coparticipación: la optimización de los servicios y sus tarifas para los usuarios” (Maino V, 2013, pág. 194),

Se puede decir que en razón de lo anterior, el Ecuador se encuentra en un momento en el cual puede trascender del modelo de Estado-gestor a Estado-supervisor, en lo que respecta a obras o proyectos de vialidad, bajo el criterio de que resulten atractivos a la inversión privada. Una conveniente ejecución de proyectos de coparticipación creará un crecimiento en la economía ecuatoriana y en su competitividad reflejándose en el desarrollo de varias áreas

Para que coparticipación sea efectiva debe existir *claridad en los Acuerdos* entre los gobiernos y la empresa privada, tomando en cuenta que “una asociación público-privada solamente puede resultar exitosa si existe la decisión política, a los más altos niveles, para implementarla” (Cruz C, 1999), ello implica que el soporte político a los procesos de asociación público-privada debe encontrarse suficientemente sustentado por Instituciones reguladoras y normativas que lo soporten. Es así que al respecto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública menciona que:

Artículo 68.- Requisitos de los contratos.- Son requisitos para la celebración de los contratos, los siguientes:

1. La competencia del órgano de contratación;
2. La capacidad del adjudicatario;
3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y,
4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente ley y su reglamento. (LOSNCP, 2008)

Debe existir *transparencia en el proceso*, ya que ello proporciona confianza tanto al sector público como a los participantes y a la comunidad. Se debe tomar en cuenta que en las licitaciones se considere una estricta calificación previa de los participantes o a posibles socios, lo cual implica tomar en cuenta su experiencia técnica, además de que no se debería proceder con procesos privados o adjudicaciones directas sin licitación.

La transparencia del proceso debe verse reflejada en la suscripción del contrato, el cual debe estar elaborado con responsabilidad y obligaciones para las dos partes, y legalizado conforme lo dispuesto, por lo que al respecto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública menciona que:

Artículo 69.- Suscripción de contratos.- Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista (LOSNCP, 2008)

En cuanto a la administración del contrato, en el art. 70, se menciona que estos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización (LOSNCP, 2008)

Debe prevalecer una *acertada* selección y estructuración de los proyectos de asociación, *es decir, que* las licitaciones deberán realizarse tomando en cuenta calidad y sustentabilidad de las obras a través del tiempo. Resulta importante considerar la rentabilidad que ofrece desde el punto de vista de los inversionistas interesados, sin que ello signifique una merma en el impacto social positivo, por lo que se debe tomar en cuenta estos aspectos al momento de adjudicar tal como manda la ley.

Artículo 32.- Adjudicación.- La máxima autoridad de la institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6 de esta Ley; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento (LOSNCP, 2008)

Debe existir una *adecuada difusión previa de los proyectos*, lo cual implica una promoción pública del proceso en dos sectores Interno y externo.

El interno, porque se deberán generar condiciones orientadas a minimizar resistencias ya sean estas políticas, económicas y/o laborales. *El externo*, orientado a difundir el proyecto con la finalidad de atraer la mayor cantidad de inversionistas, operadores y Organismos financieros.

Artículo 21.- Portal de compras públicas.- El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRAS PUBLICAS será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Instituto Nacional de Contratación Pública (LOSNCP, 2008)

Debe existir un *minucioso diseño de los contratos documentos licitatorios* de las coparticipaciones, los cuales deben estructurarse con el correspondiente soporte técnico, jurídico y financiero, estableciendo de manera clara las obligaciones y derechos de ambas partes, previendo las posibles contingencias y eventos que pudieren surgir, así como las respectivas soluciones. De igual forma como señala la normativa, deben constar cláusulas que castiguen o penalicen el incumplimiento.

Artículo 71.- Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la

entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de 30 días (LOSNC, 2008).

En resumen se deben considerar además de las normativas vigentes, textos de contratos anteriores, experiencias de otros países y sobre todo el que se equilibren las dos partes, tanto los gobiernos en la ejecución de la obra pública y su impacto social frente a la rentabilidad y garantía técnica del coparticipante. Tal como está la situación normativa, técnica, jurídica y financiera en el país es posible ejecutar la aplicación de los modelos de participación público-privados a la vialidad.

En el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, en el capítulo concesiones, dispone en su artículo 68: "...En las concesiones de obra y servicio público la máxima autoridad de la entidad u organismo deberá dar cumplimiento previo a las demás normas legales y reglamentarias vigentes sobre aprobación técnica de las bases, y en especial en materia de vialidad; riego; agua potable; alcantarillado y tratamiento de aguas; generación; distribución de energía eléctrica; servicios telefónicos; portuarios y aeroportuarios (RSLM, 1994) ”

Haciendo un análisis del régimen normativo de los servicios públicos y a la vialidad como parte de ello, a los diferentes modelos de colaboración público – privado, los mecanismos legales disponibles, se tiene que partir de lo que se dispone la constitución de la república del Ecuador, en sus artículos Art. 225 donde el sector público comprende las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos. En sus artículos 314 y 326 donde se menciona algunos de los servicios públicos que el Estado es responsable de proveer; el numeral 2 del artículo 263 de la Constitución que incorpora entre las competencias exclusivas de los Gobiernos Provinciales, la planificación, construcción y mantenimiento de la vialidad rural, lo que implica la responsabilidad institucional de crear condiciones para la movilidad humana en condiciones de seguridad y calidad; a más de que esta norma constitucional, se ha puesto en operación mediante el COOTAD, Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización.

Luego para la ejecución de la colaboración público- privada o cogestión en la obra vial, existe el cuerpo normativo que básicamente regula la modernización del Estado a través

de los diversos mecanismos de coparticipación como la Ley de Modernización del Estado, y su reglamentación, además de las diferentes normativas de cada Institución gubernamental autónoma.

En razón de lo expuesto se puede decir que existe el marco jurídico suficiente que posibilita sustentar el correcto desempeño de las Participaciones Público Privadas; para un adecuado control de la prestación de servicios públicos como la *vialidad*, orientados hacia un buen manejo conjunto entre un gobierno y la empresa privada; incentivando al crecimiento del país.

Eso quiere decir que nuestra hipótesis ha sido comprobada: sí resulta jurídicamente viable implementar en nuestro país modelos de gestión público-privados en sus diversas manifestaciones, tal como lo evidencia el amplio marco normativo que se ha descrito a lo largo de estos capítulos.

CONCLUSIONES

- El objetivo principal que todos los Estados democráticos y civilizados, es hacer que los derechos de sus ciudadanos se cumplan cabalmente; y una de las formas para hacerlo es la efectiva prestación de servicios públicos de calidad.
- En el Ecuador existe un marco jurídico idóneo que viabiliza jurídicamente y puede sustentar el correcto desempeño de las Participaciones Público Privadas; que posibilita que la elaboración de una Participación Pública Privada para el buen control de la prestación de servicios públicos, genere proyectos, enfocados hacia un buen manejo conjunto entre el Estado y los agentes privados; incentivarán al crecimiento de la economía nacional.
- Existen mecanismos legales de coparticipación como la empresa de economía mixta, el Joint Venture, la privatización de empresa y servicios públicos; y la delegación y concesión. En la aplicación de los mecanismos el Estado mantendrá la titularidad de las infraestructuras públicas, sin perder la responsabilidad por la calidad de las obras y servicios públicos como la vialidad.

RECOMENDACIONES

- Puesto que el Estado tiene la obligación de velar por el bienestar de la población, es recomendable que busque nuevos modelos de gestión, que le permitan generar servicios suficientes y de calidad para atender eficientemente los requerimientos de la población.
- Si bien existe un marco jurídico, las normas se contraponen unas a otras, existen vacíos que hace difícil la interpretación de las mismas. Por eso es imperativo que el nuevo proyecto de Ley Alianza Público Privada entre en vigencia.
- La realidad social, económica y política que está atravesando el Ecuador, hace que sea imperativo que las autoridades del gobierno opten por la puesta en marcha de participaciones público privadas como una nueva manera para el desarrollo de nuevos proyectos de infraestructura entre el gobierno y el sector privado. Esto ayudaría a la reducción de sobrecarga de trabajo que tiene el gobierno y que no es necesariamente de su exclusiva competencia, pues definitivamente existen actividades que pueden ser realizadas más eficientemente por el sector privado; sin dejar de lado el estricto control por parte del Estado.
- Finalmente, a través de la creación de participaciones público privadas se establecerá un precedente en el cual se podrá demostrar a futuros gobiernos que, sin importar la tendencia política de cada uno, se pueden generar alianzas estratégicas entre ambos sectores en busca de mejorar la calidad de vida y satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos ecuatorianos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abedrapo B. (2011). *Institucionalidad PPP en Latinoamérica* . Guanajuato: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Akitoby, B., Hemming, R., & Schwrts, G. (2007). *Inversión Pública y Asociaciones Público-Privadas*. México D.F.: Fondo Monetario Internacional.
- Alzate J. (2010). *Capital Social, descentralización y Modernización del Estado*. Bogotá: Eudmet.
- Andes. (2015). Obtenido de Inversión pública permitió desarrollar infraestructura aeroportuaria, vial y en puertos en Ecuador en actual gobierno : <http://www.andes.info.ec/es/noticias/inversion-publica-permitio-desarrollar-infraestructura-aeroportuaria->
- Argeri, S. A. (2009). *Joint Venture*. Quito: Talleres Superintendencia de Compañías.
- Argeri, S., & Ashe, J. (2011). *Modelos de Participación Público Primados*. Quito: Talleres Superintendencia de Compañías.
- Asamblea Nacional. (2000). *Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana*. Quito: Registro Oficial Suplemento número 144 de agosto 18 de 2000.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador* . Montecristi: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Asamblea Nacional. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, S RO N° 395*. 2011: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (2010). *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Quito: Registro oficial Miércoles 29 de Diciembre del 2010 - N° 351 .
- Banco Mundial. (2012). *Elementos del desarrollo socio económico* . Londres: BM .
- BM. (2012). *Elementos del desarrollo socio económico* . Londres: BM . Washintong: Banco Mundial.
- Bult Spiering, M. (2012). *Strategic Issues in Public-Private Partnerships. An International Perspective, 2nd. ed.* Oxford: Blackwell Publishing Company.

- Caristo, A. (2003). *El Déficit del Banco de Previsión Social y su impacto en las Finanzas del Gobierno Uruguayo*. Uruguay: Universidad de Uruguay.
- CEPAL. (20 de 12 de 2014). *Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas*. Recuperado el 28 de 05 de 2015, de Estadística de Infraestructura: <http://www.cepal.org/es/datos-y-estadisticas>
- Congreso Nacional. (2006). *Ley No. 42*, . Quito: R.O. 257 del 25 de abril de 2006.
- Constitución del Ecuador. (2008). *Constitución del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Nacional.
- COOTAD . (2012). *Modalidades de gestión, planificación, coordinación y participación* . Quito: Senplades, Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.
- Cruz C. (1999). *Colaborar con la Tierra, la asociación público-privada en el desarrollo de la infraestructura en Chile*. Santiago-Chile: Editorial Universitaria.
- Cruz Lorenzen, C. (2011). *Colaborar con la Tierra, la asociación público-privada en el desarrollo de los países, 3ra. ed.* Santiago de Chile: Universitaria.
- Cuevas, A. (marzo de 2013). *Estado inventor, planificador o WelfareState (Estado de Bienestar)*. Recuperado el 3 de junio de 2015, de http://www.edu.uom.mx/rev_trabajadores/pdf/62/62_Aurelio_Cuevas.pdf
- De la Fuente, A. A. (2012). La naturaleza jurídica de la concesión administrativa. *Revista Conciencia, No. 8*, 12 a 18.
- Dret Consultores Cia. Ltda. (01 de 07 de 2014). *Dret Consultores Cia. Ltda.* Recuperado el 10 de 06 de 2015, de COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA (CPP): <http://www.dretconsultores.com/colaboracioacuten-puacuteblica-privada.html>
- Dromi R. (2009). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Madrid, México: Hispania Libros, 12ma Ed.
- Echarri A & Pendás A y Quintana A. (2002). *Joint Venture* . Madrid: FC Editorial.
- Ecuador inmediato. (16 de marzo de 2015). *Alcalde rodas anuncia construcción de proyectos viales y metrocable con dinero privado*. Obtenido de http://www.ecuadorinmediato.com:8080/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818777992&umt=alcalde_rodas_anuncia_construccion_proyectos_viales_y_metrocables_con_dinero_privado
- Fernández J. (2002). *Teoría del Estado* . La Habana : Editorial Félix Varela,.

- FOMIN BID & Deloitte España. (2009). *Experiencia Española, PIAPPEM, Programa para el Impulso de APP en Estados Mexicanos*. Madrid: FOMIN BID.
- Gaitán, J. (15 de 10 de 1991). Análisis de las expresiones generales y universales. *El País*, págs. 59-61.
- Galeano, C. (12 de 10 de 2013). *Trabajo Práctico: Servicios Públicos, Derecho Administrativo II Unidad 2*. Obtenido de <http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fuaiderechoadministrativo.wikispaces.com%2Ffile%2Fvi>
- Gordillo A. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo – Tomo 2*. Buenos Aires : TEA.
- LDC. (2010). *Ley de Defensa del Consumidor*. Quito: Asamblea Nacional.
- LME. (2007). *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*. Quito: CONAM . Decreto Ejecutivo 103, publicado en el Registro Oficial N° 26-S, del 22 de febrero de 2007.
- LOEP. (6 de Octubre 2010). *Ley Orgánica de Empresas Públicas art. 4, Registro Oficial Suplemento 294*. Quito: Asamblea Nacional.
- LOEPS. (2012). *LEY ORGANICA DE ECONOMIA POPULAR Y SOLIDARIA Y DEL SECTOR FINANCIERO POPULAR Y SOLIDARIO*. Quito: Asamblea Nacional, Ecuador.
- LOSNC. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* . Quito: R.O. 395, con fecha 04/08/2008.
- Maino V. (2010). *Mecanismos de Asociación Público Privado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Maino V. (2013). *Mecanismos de Asociación Público-Privada* . Guayaquil: Derecho Ecuador.
- Maino V. (2013). *Mecanismos de Asociación Público-Privada* . Quito: Derecho Ecuador.
- Maino V. (2013). *Mecanismos de Asociación Público-Privada* . Quito: Derecho Ecuador.
- Ministerio de Obras Públicas y Transporte, MOPT. (15 de 10 de 2013). *Proyectos emblemáticos 2012*. Recuperado el 05 de 06 de 2015, de http://www.obraspublicas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/10/06-07-2011_Especial_MTOP_82_anios.pdf

- MOPT . (2010). Obtenido de Delegaciones y concesiones del transporte:
http://www.obraspublicas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/10/06-07-2011_Especial_MTOP_82_anios.pdf
- MTOP. (2013). *Estudio de Competencia de Vialidad*. Quito: MTOP.
- MTOP. (2015). *Ministerio de Transporte y Obras Públicas*. Recuperado el 30 de 05 de 2015, de <http://www.obraspublicas.gob.ec/el-ministerio/>
- National Stastics. (07 de July de 2011). Obtenido de Civil Partnerships in the UK, 2010 Coverage: United Kingdom Theme: Population:
<http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CDUQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.ons.gov.uk%2Fons%2Frel%2Fvsob2%2Fcivil-partnership-statist>
- OO.PP México. (2012). *Esquema general para realizar proyectos carreteros bajo la modalidad de Proyectos para Prestación de Servicios (PPS)* . México : Min de Obras Públicas.
- Palmero, J. C., & Bisio de Viano, M. (2011). *Aspectos relevantes del Joint Venture*. Quito: Talleres Superintendencia de Compañías.
- Paredes D. (2008). La noción del servicio público apostasia del derecho administrativo Modos y formas de gestión, de los servicios públicos. *Revista del tribunal Constitucional*, 6. Obtenido de Temas Constitucionales No. 5 Revista del Tribunal Constitucional.
- Puig, A. (2003). *Derecho Administrativo para Ciencias Económicas*. Salta: Universidad Nacional de Salta.
- Reglamento LME. (2007). *Reglamento sustitutivo del reglamento general de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada*. Quito: (decreto no. 2328) nota: el art. 2 del d.e. 103 (R.O. 26-S, 22-II-2007) establece qu.
- Robalino J. (2010). Los asociaciones público-privadas (APP):* una opción para contratación administrativa en Latinoamérica 2010 • *Revista de Derecho, No. 13, UASB-Ecuador / CEN* , 10.
- Rodríguez L. (2012). *El equilibrio económico en los Contratos administrativos* . Bogotá, Colombia: Temis, 2da. edición.
- Romo M. (2008). ¿Cómo es el socialismo del siglo XXI? . *Tendencias* , 8.

- RSLM. (1994). *Reglamento sustitutivo del reglamento general de la ley de modernización del estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada.* . Quito-Ecuador: Decreto no. 2328.
- Rufián D. (1999). *Manual de concesiones de obras públicas.* Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Rufián D. (1999). *Manual de Concesiones de Obras Públicas.* Santiago-Chile: Fondo de Cultura Económica, Coordinación General de Concesiones de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas, Primera Edición.
- Rufián D. (2012). *Manual de concesiones de obras públicas.* Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Ruiz-Eldredge A. (2010). *Manual de Derecho Administrativo.* México: Temática Esencial. Primera Edición.
- Sarmiento García, J. (1999). *Concesión de Servicios Públicos.* Buenos Aires, Argentina: BTR.
- Sayagués E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo.*,. Montevideo: 8 tomo I, 8va. ed.Fundación de Cultura Universitaria.
- SENPLADES. (2007). *Ley de modernización del estado Ley 50.* Quito: Registro Oficial Suplemento 26 de 22 de Febrero del 2007 Registro Oficial 349 de 31-dic-1993 Ultima modificación: 27-feb-2009.Por Decreto Ejecutivo No. 103,.
- Shaffer, G. (2012). *Defending Interests: Oublic-Pivate Partnershio in WTO Litigation.* 3th. ed. Washington D.C.: Pearson Education.
- Stiglitz, J. (2000). *La Economía del Sector Público.* Barcelona: Antoni Bosch.
- Tribunal Constitucional. (2000). *Resolución 193- 2000-TP.* Quito: Registro Oficial Suplemento número 234 de diciembre 29 de 2000.
- Urueta Rojas J. (2006). *El Contrato de Concesión de Obras Públicas,* . Bogotá,: Editorial Universidad del Rosario, 1ra. ed. .