

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

**Aplicabilidad de las asociaciones y convenios
público privados en el Ecuador.**

Nicolás Daniel Páez Viteri

Tesis de grado como requisito para la obtención de título de abogado

Director: Dr. Juan Pablo Aguilar

Quito, abril de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

"Aplicabilidad de las asociaciones y convenios público-privados en el Ecuador"

Nicolás Páez Viteri

Dr. Jaime Vintimilla
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Juan Pablo Aguilar
Director de Tesis

Dr. Marco Morales
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 24 de Abril de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO Aplicabilidad de las asociaciones y convenios público privados en el Ecuador

ALUMNO Nicolás Daniel Páez Viteri

EVALUACIÓN (justificar cada punto):

a) Importancia del problema presentado.

La idea de asociaciones y convenios público privados ha aparecido en el Ecuador desde hace algún tiempo y, de hecho, se han dictado algunas normas de jerarquía inferior a la ley para tratar de regularlas. Se trata de establecer mecanismos que permitan la participación del sector privado en actividades de orden público y, si bien no representan una verdadera novedad si se toma en cuenta instituciones anteriores del Derecho Administrativo, se la presenta como tal y ello hace necesario estudiarlas debidamente, a fin de establecer los puntos particulares en los que puedan surgir diferencias con otros instrumentos similares.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La pretensión de analizar si las asociaciones y convenios público privados pueden aplicarse, y en qué medida en el Ecuador, tiene sin duda trascendencia, si se toma en cuenta la necesidad de un análisis adecuado de esta forma de relación entre los sectores público y privado.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Se ha hecho un buen análisis de la bibliografía disponible y se han tomado en cuenta las normas vigentes en el Ecuador, incluso una de reciente aprobación (mediados de marzo de 2015), lo que ha permitido tener una visión global sobre el problema y estudiarlo adecuadamente.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

Si bien el trabajo muestra la necesidad de profundizar en determinados temas e, incluso, analizarlos desde otras ópticas, se trata sin duda de una tesina completa, que cumple con lo que puede esperarse de esta clase de trabajos y muestra que el estudiante cuenta con la capacidad suficiente como para identificar un problema jurídico, abordarlo y plantear sus puntos de vista en relación con el mismo. Considero, en tal virtud, que la tesina puede continuar con su trámite.



Juan Pablo Aguilar Andrade

© 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: Nicolás Daniel Páez Viteri

C. C. 1713655205

Fecha: Quito, abril de 2015

*A mis papas, por su inagotable esfuerzo
y amor para que pueda salir adelante
y cumplir todos mis sueños.*

*A mi hermano por
su apoyo incondicional.*

*A Ana María Paz, por todo el cariño, el apoyo,
y paciencia.*

Agradezco a:

*Juan Pablo Aguilar,
por todo su apoyo
durante el presente trabajo.*

*Sophia Espinosa,
por toda el soporte
y la ayuda brindada.*

RESUMEN

La finalidad del presente trabajo es analizar a los posibles acuerdos entre el sector público y el privado en el Ecuador, con la finalidad de que el sector privado emprenda ciertas obras o servicios que generalmente son empleadas por el sector público, bajo un acuerdo de cooperación con derechos y responsabilidades compartidas. Por consiguiente, el análisis de dicha institución radica en determinar el acuerdo entre el sector público y privado es aplicable en el Ecuador. Tomando en cuenta la aplicabilidad de dichos acuerdos, cabe hacer la siguiente pregunta: ¿La aplicación de éstos acuerdos, implica un contrato administrativo (tomando en cuenta que una de las partes es el sector público)?

Por otro lado, cabe analizar la existencia y aplicabilidad de dichos convenios desde el punto de vista contractual, teórico y doctrinal. El propósito de analizar las asociaciones y convenios público privados desde un punto de vista estrictamente teórico, es para identificar posteriormente su posible aplicación en el Ecuador y la similitud que tiene dicha modalidad contractual con asociaciones público privadas similares en el Ecuador.

A pesar de que la legislación ecuatoriana trata ligeramente al contrato de asociación en el caso del sector público, no existe un profundo análisis sobre su aplicabilidad o funcionamiento. Por consiguiente, la presente tesina trata éste tema y analiza desde el punto de los contratos administrativos, la posible aplicación de dicha modalidad contractual en el Ecuador.

El siguiente tema que se debe analizar es en cuanto a las similitudes y diferencias de dicha modalidad contractual frente a otras modalidades. En este sentido, cabe analizar si existen diferencias o no, específicamente entre el contrato de concesión y un contrato o asociación público privado en el Ecuador.

Finalmente, toda vez que se analiza a profundidad los temas mencionados anteriormente, cabe determinar si es que es necesario o no, realizar cambios especialmente en cuanto a reformas legislativas.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the possible agreements between the public and private sectors in Ecuador, taking into consideration that the private sector may undertake certain works or services that are generally employed by the public sector, under a cooperative agreement with shared rights and responsibilities. Therefore, the analysis of this type of contract is to determine the agreement between the public and private sector and if it is applicable in Ecuador. Considering the applicability of such agreements, it should ask the following question: Implementation these agreements involves an administrative contract (taking into account that one of the parties is the public sector)?

On the other hand, we will analyze the existence and enforceability of such agreements from the point of contractual theoretical and doctrinal view. The purpose of analyzing public private partnerships and agreements from a strictly theoretical point of view is to further identify its possible application in Ecuador and the similarity that such contractual arrangement may have with similar public-private partnerships in Ecuador.

Although Ecuadorian law lacks of analysis of the public-private partnership contract regarding the public sector, there should be a deep analysis of their applicability or performance. Therefore, the topic of this thesis is to analyze from the point of view of the administrative contracts, the possible application of this type of contract in Ecuador.

The next issue to be considered is to analyze the similarities and differences of the contractual arrangement over other modalities. In this regard, it should examine whether there are differences or not, specifically between the concession contract and a contract or private public partnership in Ecuador.

Finally, since we analyze in depth the topics mentioned above, it should determine if it is necessary or not, make changes, especially in terms of legislative reforms.

TABLA DE CONTENIDO

Capítulo 1. Contratos Administrativos en el Ecuador	6
1.1. Contratos administrativos.	6
1.2. Elementos del Contrato Administrativo.	10
1.2.1. Sujetos.	10
1.2.2. Capacidad y Competencia.	11
1.2.2.1. Capacidad.	11
1.2.2.2. Competencia.	13
1.2.3. Voluntad.	14
1.2.4. Objeto.	15
1.2.5. Causa.	17
1.2.6. Finalidad.	18
1.2.7. Forma.	18
1.2.8. Cláusulas Exorbitantes.	18
1.3. Regulación y normativa aplicable a los contratos administrativos en el Ecuador.	19
1.3.1. Constitución de la República.	20
1.3.2. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.	21
1.3.3. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.	28
Capítulo 2. Alianzas y Convenios Público Privados	29
2.1. Las Alianzas y los Convenios Público Privados	30
2.1.1. Especificaciones de los PPP's	32
2.2. Tipos de PPP's.	35
2.2.1. PPP's Puramente Contractuales.	35
2.2.1.1. Tipos de PPP's Contractuales.	36
2.2.1.1.1. Contrato B.O.O. (Build-Own-Operate)	38
2.2.1.1.2. Contrato B.B.O. (Buy-Build-Operate).....	38
2.2.1.1.3. Contrato B.O.T./B.O.O.T. (Build-Operate-Transfer/Build-Own Operate-Transfer)	39
2.2.1.1.4. Contrato B.T.O. (Build-Transfer-Operate)	41
2.2.1.1.5. Contrato L.B.O. (Lease-Build-Operate)	41
2.2.1.1.6. Contrato D.B.F.O. (Design-Build-Finance-Operate)	41

2.2.1.1.7. Contrato D.B.F. (Design-Build-Finance)	42
2.2.1.1.8. Contrato D.B.O.M. (Design-Build-Operate-Maintain)	43
2.2.1.1.9. Contrato D.B. (Design-Build).....	44
2.2.1.1.10. Contrato de O&M (Operación y Mantenimiento).	45
2.2.1.1.11. Contrato de DBB (Design-Bid-Build)	45
2.2.1.2. Diferencias entre PPP's y el Contrato de Concesión.	47
2.2.1.4. Diferencia entre PPP y PFI	49
2.2.2. PPP's Institucionales.	51
2.2.2.1. Empresas de Economía Mixta	52
2.2.2.2. Joint Venture.....	54
2.2.2.3. Diferencias entre PPP's y Contrato de Joint Venture.	55
2.3. Asociaciones público privadas en el Ecuador.	58
2.3.1. Capacidad asociativa en el Ecuador.	58
2.3.2. La empresa de economía mixta en el Ecuador.	63
2.3.3. Las Empresas u Organizaciones de Economía Popular y Solidaria.	64
2.3.4. El Contrato de Asociación en el Ecuador.	65
2.3.5. Delegaciones en el Ecuador.	65
2.3.5.1. Diferencia entre privatización y delegación.	68
2.3.6. Ordenanzas No. 301 y 406 del Concejo Metropolitano de Quito.	68
2.3.6.1. Ordenanza No. 301 del Concejo Metropolitano de Quito.	68
2.3.6.2. Ordenanza No. 406 del Concejo Metropolitano de Quito.	69
2.3.7. Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada.....	73
2.3.7.1. Comparación entre Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada y las Ordenanzas	76
2.3.8. Selección de Socio Estratégico.	79
2.3.7.1. Selección de Socio Estratégico bajo la Ordenanza 406.	80
2.3.7.2. Un caso práctico: Selección de Socio Estratégico para empresa cementera en el Ecuador.	82
<u>Capítulo 3. Aplicabilidad de las Asociaciones y Convenios Público Privados en el Ecuador.....</u>	83
3.1. El contrato PPP es aplicable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?	84

3.2. ¿El contrato PPP en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es un contrato que se rige bajo el Derecho Administrativo?	86
3.2.1 Análisis bajo las “características esenciales” de los contratos administrativos en el Ecuador.	89
3.3. ¿La modalidad de PPP en el Ecuador, es una nueva forma contractual en el Derecho Administrativo, o se trata de un contrato tradicional de concesión?	93
3.4. Diseño e implementación del contrato PPP en el Ecuador.	97
3.5. ¿Qué cambios se requieren para impulsar el uso de las PPP’s en el Ecuador? ...	99
<u>4. Conclusiones y Recomendaciones:</u>	101
<u>5. Bibliografía:.....</u>	107
<u>6. Plexo Normativo.....</u>	113

Introducción.

La contratación administrativa en América Latina se encuentra claramente dividida en función de la participación privada que se involucra en la gestión de obras y servicios para el desarrollo social. “Por un lado, encontramos Administraciones Públicas orientadas a una mayor participación privada en la gestión de los servicios públicos, el desarrollo de nuevas infraestructuras, y, en general, la promoción de emprendimientos importantes para el desarrollo social”.¹ En este sentido, dichas Administraciones Públicas buscan una participación más activa por parte del sector privado en sectores estratégicos determinados. Este modelo de aplicación podemos encontrar en países de la región, tales como Chile, Colombia, Perú, Uruguay, entre otros. Por otro lado, debemos mencionar a las Administraciones Públicas que han decidido tomar un modelo más tradicional donde no exista tanta participación por parte del sector privado. Dentro de esta línea, cabe mencionar que muchos de los países en esta línea se encuentran en “proceso de tomar el control de actividades delegadas o concesionadas a la iniciativa privada”.² Dentro de esta modalidad contractual se encuentran países como Venezuela, Argentina, Nicaragua y Ecuador.

La explicación de esta diferencia arranca de la década de 1990. En los años 1990's, en Latinoamérica se generó una ola de privatizaciones de empresas públicas que otorgaban bienes o servicios. Es decir, se generó que el sector privado invierta en concesiones y privatizaciones públicas. Se creía que con esta nueva forma de participación entre el sector público y el sector privado, se podría obtener un mejor financiamiento, sin embargo, este no fue el caso.

En los años 1990s, la participación del sector privado en el financiamiento de infraestructura en los países no pertenecientes a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se manifestó activamente a través de las privatizaciones y concesiones; pasivamente, se materializó a través de colocaciones de deuda privadas con un selecto grupo de inversionistas institucionales extranjeros o con créditos sindicados patrocinados por un pequeño grupo de bancos multilaterales. [...]

A pesar de grandes expectativas y una intensa campaña educativa respecto a las diversas etapas en el desarrollo de proyectos - diseño, construcción, operación y

¹ Javier Robalino Orellana. “Los asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”. *Revista de Derecho, No. 13, Universidad Andina Simón Bolívar* (2010), p 1.

² *Ibíd.*

transferencia a los entes públicos-, el déficit de financiamiento de infraestructura creció a nivel global.³

Tomando en cuenta lo mencionado anteriormente, Ecuador no fue una excepción en cuanto a las delegaciones y privatizaciones como modelos de contratación innovadores durante la década de los noventa. “En el caso de Ecuador, la migración a un modelo estatista y nacionalista tiene un claro origen político pendular; se trata sin duda de una reacción al modelo neoliberal implementado en los años 1990.”⁴ Particularmente, cabe mencionar que en el Ecuador, dicho proceso inicio durante la presidencia de Sixto Duran Ballén y la expedición de varias normas y leyes para que estas modalidades contractuales, tales como la Ley de Modernización, Privatización y Prestación de Servicios por la Iniciativa Privada⁵ y la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos.⁶ Por lo expuesto, el régimen ecuatoriano, en cuanto a modelos de contratación pública, no se puede comparar su evolución contractual con Colombia por ejemplo, que sigue atrayendo inversión extranjera, sin olvidar su inversión nacional.

A diferencia de Argentina y Ecuador, Colombia decide promover categóricamente y atraer la inversión privada en áreas reservadas al Estado a partir del primer mandato del presidente Uribe en el año 2002. Colombia desarrolla importantes reformas encaminadas a promover la inversión en áreas tales como el petróleo y la minería. Asimismo, promueve la desinversión estatal en ciertas empresas públicas como aquellas de distribución de derivados y telecomunicaciones: Terpel e ISSA son dos ejemplos relevantes.⁷

Tomando en cuenta los mecanismos de contratación pública mencionados anteriormente, y sus características, debemos mencionar que existe un punto medio entre la privatización y la nacionalización y estatización de inversiones nacionales y extranjeras. Dicho punto medio, entre la contratación tradicional y la privatización, son las asociaciones y convenios público privados. Esta asociación o convenio entre el sector público y el sector privado puede llegar a brindar un equilibrio donde existe una flexibilidad para desarrollar distintos proyectos de colaboración entre ambas partes con la finalidad de obtención de financiamiento, optimización de recursos a un bajo costo

³ FitchRatings. “Asociaciones Público – Privadas: La Próxima Generación en Financiamiento de Infraestructura”. *Informe Especial Financiamiento de Proyectos/Finanzas Públicas*. (2004).

⁴ *Ibid.*

⁵ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Artículo 1. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

⁶ Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Artículo 1. Registro Oficial número 346 de 28 de diciembre de 1993.

⁷ Javier Robalino Orellana. “Los asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”. *Óp. cit.*, p 3.

político o incluso reduciendo el riesgo de afectación a la soberanía de cada país. “A través de los contratos de colaboración público-privado, la administración pública encarga a un ente privado la realización de un determinado proyecto competencia del sector público a cambio de una contraprestación.”⁸

De conformidad al doctor Juan Carlos Cassagne, el éxito de estas asociaciones o convenios “se encuentra en la correcta y equitativa asignación de riesgos cuyo análisis es fundamental para la viabilidad del proyecto de modo que el inversor privado no tenga que soportar los riesgos políticos y asuma los que son propios de la actividad constructiva o financiera.”⁹

Las PPP operan en la frontera entre los sectores públicos y privados, siendo servicios públicos que no son ni nacionalizados ni privatizados. En este sentido, representan desde el punto de vista político una tercera vía a través de la cual el gobierno puede proveer algunos servicios públicos. Además, en un sentido práctico, las PPP representan una forma de colaboración contractual, con la cual los sectores público y privado actuando en conjunto pueden conseguir aquello que sería imposible de conseguir por separado.¹⁰

Tomando en cuenta lo expuesto anteriormente en cuanto a los beneficios que brindan las asociaciones y convenios público privados, cabe primero mencionar el surgimiento de dichas fórmulas de colaboración. La mayoría de la doctrina considera el surgimiento de éstas modalidades contractuales en Gran Bretaña durante la década de 1990.

En efecto, ¿dónde surgen estas fórmulas de colaboración público privadas? Es en Gran Bretaña, por lo que respecta al ámbito europeo, donde desde principios de los años 90 del siglo XX se empieza a emplear el término Private Finance Initiative (PFI) como siglas que sirven para la identificación de una serie de medidas que se adoptaron por parte del Gobierno presidido por John Major, y con las que se pretendía incentivar la cooperación entre los sectores público y privado con el objetivo final de llegar a conseguir la modernización tanto de las infraestructuras públicas como de la gestión de los servicios inherentes a las mismas. En este contexto es donde se contemplaba la celebración de los contratos denominados Public Private Partnership (PPP).¹¹

⁸ José Vallés Ferrer y Ana María Cazallo Antúnez. “Los contratos de colaboración público-privado”. *Revista Reflexiones Sevilla Número 8* (2008), p. 1.

⁹ Juan Carlos Cassagne. “Sobre los contratos de Asociación Pública Privada (PPP) en Argentina”. Artículo publicado en: *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, 2012. p. 12.

¹⁰ Michael Gerrard. *Public-Private partnerships: What are public-private partnerships, and how do they differ from privatizations*. Volumen 38, Número 3, 2001, p. 48.

¹¹ Consejo Económico y Social de la Comunidad de Castilla y León. *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*. 1era. ed. Valladolid: EFR, 2011. p. 610.

En este sentido, el objetivo del presente trabajo es analizar las asociaciones y convenios público privados de manera general y desde el punto de vista doctrinario y teórico. Durante el análisis de dicha modalidad contractual, el primer elemento a considerar es si es que dicha modalidad es o no un contrato administrativo. Por consiguiente, cabe determinar la posible normativa aplicable en el Ecuador, especialmente desde una óptica del Derecho Administrativo. Sin embargo, la decisión de implementar éstas asociaciones en el Ecuador, generan diversos problemas jurídicos que requieren de un análisis a profundidad. La presente tesina busca entender el fenómeno jurídico de aplicación de las asociaciones y convenios público privados con la finalidad de conocer el alcance jurídico de los mismos y posteriormente determinar los mecanismos necesarios para su implementación en el Ecuador.

Por otro lado, la presente investigación busca entender dichas asociaciones y su posible implementación, que lo único que buscan es beneficios a la sociedad mediante la optimización de recursos mediante la delegación de funciones al sector privado, para que se convierta en un medio para un fin, el cual es el crecimiento integral de países como el Ecuador. Adicionalmente, es importante no solo analizar la aplicación de ésta modalidad contractual de conformidad a la legislación ecuatoriana, sino que hay que analizar las similitudes y diferencias entre las asociaciones público privadas y un modelo de concesión tradicional.

El primer capítulo del presente trabajo consiste en analizar al contrato administrativo desde distintos puntos de vista. Por un lado, es importante analizar los elementos del contrato. Posteriormente, en el primer capítulo se analizará la naturaleza y el objeto de los contratos administrativos en el Ecuador. Finalmente, en dicho capítulo se analiza las disposiciones aplicables a los contratos administrativos por parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El segundo capítulo consiste en analizar desde el punto de vista teórico y doctrinal, a las alianzas y convenios público privados. Adicionalmente, cabe realizar un breve análisis sobre las posibles figuras de alianzas y convenios público privados en el Ecuador. El análisis en dicho capítulo consiste en determinar las especificaciones, los beneficios y los tipos de asociaciones y convenios que pueden existir, incluyendo en el

ordenamiento jurídico ecuatoriano. Dentro de la variedad o tipos de asociaciones, existen algunas que se acercan al ámbito totalmente privado y otras al ámbito totalmente público, por consiguiente, también cabe analizar si es que existen modelos de contratación actual que sean similares a las asociaciones, tales como el contrato tradicional de concesión o incluso el contrato de *Joint Venture*. Finalmente, dicho capítulo hace mención a los contratos de asociación y colaboración público privada en el Ecuador, y su modalidad y régimen en el que operan dichos contratos.

Finalmente, el tercer capítulo consiste en tomar lo mencionado en los capítulos anteriores, para determinar la aplicabilidad de las asociaciones y convenios público privados en el Ecuador. El tercer capítulo consiste en analizar la capacidad asociativa del Estado y establecer si existen ejemplos de asociaciones o convenios público privados en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Uno de los temas que se aborda en el tercer capítulo es analizar un ejemplo de selección de socio estratégico impulsado por el Estado. Adicionalmente, en dicho capítulo se analiza si estos contratos se los puede considerar contratos administrativos en el Ecuador. Y por otra parte, se realiza una comparación entre dicha modalidad contractual y el contrato tradicional de concesión.

Capítulo 1

Contratos Administrativos en el Ecuador

El objetivo del presente capítulo es realizar un análisis de los contratos administrativos en el Ecuador, para identificar su naturaleza, la normativa aplicable, funcionamiento, aplicación y el objeto de los mismos, con miras a determinar la posible aplicación de este régimen a las asociaciones y los convenios público-privados en el Ecuador. Por consiguiente, se identificarán los elementos del contrato administrativo, específicamente su regulación bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para posteriormente poder comparar dicho régimen con el posible régimen aplicable a las asociaciones y convenios público-privados en el Ecuador.

1.1. Contratos administrativos.

La administración pública y los administrados se encuentran en una constante relación como parte de la interacción que existe dentro de una sociedad. Debido a esto, la administración pública “celebra contratos con los particulares regidos por leyes especiales que contienen procedimientos, requisitos para los contratistas y mecanismos de contratación, pero que se desarrollan en un marco de bilateralidad [...]”¹² De conformidad con artículo 64 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva¹³ (en adelante “ERJAFE”), la manifestación de la voluntad de la administración pública se expresa “a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, [...]”¹⁴

Es debido a esta relación permanente que existe entre la administración y los

¹² Resolución del Tribunal Constitucional 541, publicado en el Registro Oficial No. 727 del 18 de diciembre de 2002.

¹³ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002.

¹⁴ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 64. Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002. Art. 64.- CATEGORIAS.- Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.

administrados, que es necesario analizar los contratos administrativos, para determinar qué tipo de régimen es aplicable a cada una de las situaciones en las que el Estado participa con sus administrados. Por lo expuesto, debemos empezar por analizar el concepto de contrato administrativo, y los elementos que lo componen. Sin embargo, para analizar el contrato administrativo y sus elementos, debemos considerar la relación que existe entre el Derecho Administrativo y el Derecho Civil o Privado. En este sentido, debemos considerar lo que expone Agustín Gordillo en cuanto a la relación que existe entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado:

Las relaciones del derecho administrativo con el derecho privado en general y con el derecho civil en particular, son de tres tipos:

Existen ciertos principios generales de la ciencia del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho privado y también en el derecho administrativo; no se trata de que el segundo los haya tomado del primero, sino de que éste fue uno de los primeros en utilizarlos. Así, la responsabilidad, el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios, el abuso del derecho, la interdicción de la mala praxis, el principio de la seguridad jurídica y de la confianza debida, la lesión, etc. [...]

Por lo general cuando el derecho administrativo toma principios del derecho común no los mantiene con sus caracteres iniciales y por ello aparecen, sea deformados (responsabilidad indirecta del Estado, derechos reales), sea “publicizados” (obligaciones, extinción de las obligaciones, actos jurídicos de la administración, contratos administrativos, etc.), de forma tal que ya no es posible identificarlos positivamente como principios del derecho civil.

La afirmación frecuente de que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo no es del todo exacta hoy en día, pues generalmente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se las integra con los principios y normas del derecho administrativo, conformándose y remodelándose en consecuencia a éste. [...]¹⁵

Como se puede apreciar, existen circunstancias ante las cuales es necesario integrar principios del derecho civil o privado al derecho administrativo. En el presente caso, debemos iniciar el análisis de los contratos administrativos desde el concepto de contrato, el cual debemos integrar al derecho administrativo. De conformidad a la legislación ecuatoriana, el concepto de “contrato” se encuentra estipulado en el artículo 1454 del Código Civil, y es plenamente aplicable en el Derecho Administrativo, y dice lo siguiente:

Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas

¹⁵ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*. Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, 2004, p. 262.

personas.¹⁶

De la definición empleada por el contrato recae en los dos elementos más importantes que requiere un negocio jurídico, “a) la manifestación de voluntad, que puede ser de uno o más agentes; y b) el objetivo específico a que dicha voluntad se endereza, cual es la producción de efectos jurídicos.”¹⁷

La definición empleada por el Código Civil, servirá para la definición de contrato administrativo en el Ecuador. Debemos remitirnos al ERJAFE para encontrar la definición que emplea la legislación ecuatoriana. El artículo 75 manda lo siguiente:

Art. 75.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.¹⁸

A breves rasgos, la definición de contrato en el Derecho Civil mencionada anteriormente, no se aparta drásticamente de la definición de contrato administrativo empleada por el ERJAFE. De conformidad con los dos artículos, tienen los dos elementos a los que se reduce la definición: a) la manifestación de la voluntad, que en este caso es una manifestación multilateral; y b) el objetivo de producir efectos jurídicos entre dos o más personas. Es en esta consideración donde las dos definiciones se apartan, ya que, en el contrato administrativo, una de las partes debe estar en el ejercicio de una función administrativa. Adicionalmente, la última oración del artículo 75 estira la definición para que se aparte más la una de la otra, ya que estipula que los contratos administrativos se regulan por las normas jurídicas aplicables.

El doctrinario Juan Carlos Cassagne rescata la influencia que existe del Derecho Civil específicamente en el contrato administrativo, y dice lo siguiente:

La progresiva construcción de los principios y reglas aplicables al contrato administrativo demuestra cómo esta institución, que comenzó modelándose dentro de un esquema de casi absoluta dependencia del Derecho Privado, fue modificando la aplicación de las soluciones privatistas hasta alcanzar cierta autonomía científica que le permite abastecerse con los fundamentos y técnicas que le provee el Derecho

¹⁶ Código Civil (libro IV). Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁷ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis, 2005. p. 17.

¹⁸ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 75. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Público, principalmente el Derecho Administrativo.¹⁹

El doctrinario Roberto Dromi, en su Tratado de Derecho Administrativo, completa la definición de contrato administrativo de la siguiente manera:

El contrato de la Administración, una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, es una especie dentro del género contrato, cuya especificidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos; en suma, por su régimen jurídico.²⁰

En el ámbito ecuatoriano, el Dr. Marco Morales Tobar, define al contrato administrativo como “toda declaración multilateral de voluntad expresada por los organismos, de modo inter orgánico o con la concurrencia de la voluntad de un tercero, generadora de efectos jurídicos.”²¹

Adicionalmente, el doctrinario Jorge Fernández Ruiz, plantea la siguiente definición de contrato administrativo:

El contrato administrativo es una forma de crear obligaciones, y sus correlativos derechos, como resultado de una relación bilateral consensual, frecuentemente caracterizada por la situación privilegiada que una de las partes – la Administración pública – guarda respecto de la otra – un particular-, en lo concerniente a las obligaciones pactadas, sin que por tal motivo disminuyan los derechos económicos atribuidos a la otra parte.²²

Finalmente, Coviello, citando a la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, considera que el contrato administrativo es:

[...] un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas ... en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal ..., cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del Derecho privado [...]²³

De las distintas definiciones o aproximaciones a un concepto de contrato administrativo, primero debemos tomar en consideración que ninguna de las

¹⁹ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 392.

²⁰ Roberto Dromi. *Tratado Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1998, p. 292.

²¹ Marco Morales. *La actividad convencional de la administración pública en el Ecuador*. Tesis doctoral. Universidad Técnica Particular de Loja. Quito, 2010.

²² Santiago González-Varas Ibáñez, Francisca Villalba Pérez, *Derecho Administrativo Iberoamericano*. Granada: Imprenta Comercial Motril, 2005, p. 452.

²³ Martín Bosch. *El Elemento Subjetivo en los Contratos Administrativos*.

http://www.estudiobosch.com/publicaciones/publicacion_21.pdf (acceso: 24/05/2014).

definiciones que propone la doctrina es totalmente parecida, debido a varios factores que pueden alterarlas. Sin embargo, siempre habrá matices en cuanto a la variación del concepto de contrato administrativo; eso no quiere decir, que no existen ciertos elementos que son de la esencia del mismo del contrato y que son comunes y aplicables en todos. En este sentido, Efraín Pérez, ha determinado los elementos que son denominadores comunes dentro del estudio del concepto del contrato administrativo y es preciso estudiarlos para posteriormente analizar los posibles elementos aplicables para las asociaciones y convenios público-privados en el Ecuador. Efraín Pérez enumera los siguientes como elementos del contrato administrativo: “a) sujetos; b) capacidad y competencia; c) voluntad; d) objeto; e) causa; f) finalidad; y g) forma.”²⁴

1.2. Elementos del Contrato Administrativo.

1.2.1. Sujetos.

Dentro del contrato administrativo, uno de los sujetos por mandato del artículo 75 del ERJAFE, debe forzosamente estar ejerciendo una función o potestad administrativa, es decir, ser uno de los organismos, entidades o en general las personas jurídicas de derecho público previstas en el artículo 225 de la Constitución, que son las siguiente:

Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.²⁵

Adicionalmente, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, define de manera más específica las entidades contratantes, como organismos o en general, las personas jurídicas que pueden ser considerados como sujetos dentro de un contrato administrativo, que son:

Art. 1.- [...]

²⁴ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo*, Vol. 2. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 768.

²⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 225. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos:
 - a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o,
 - b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.
8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.²⁶

1.2.2. Capacidad y Competencia.

1.2.2.1. Capacidad.

El artículo 1461 del Código Civil manda que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”²⁷ Por regla general, toda persona es capaz, excepto los que la Ley declara incapaces, como complementa el artículo 1462 del Código Civil.

²⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

²⁷ Código Civil (libro IV). Artículo 1461. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

En relación a los contratos administrativos, éste es uno de los temas más importantes, ya que existen situaciones en las que ciertas personas son consideradas como incapaces para celebrar ciertos actos o contratos, como manda el artículo 1463 del Código Civil. Esto quiere decir que el acto, considerando al contrato administrativo como un acto administrativo bilateral o multilateral, el acto no es ilícito, sino que las personas que lo celebran son incapaces de realizarlo. La incapacidad especial mencionada anteriormente, debe ser analizada en el contexto del Derecho Administrativo, donde se le debe asimilar a lo que define el Dr. Guillermo Cabanellas como “inhabilidad”, que dice lo siguiente:

Acción o efecto de inhabilitar o incapacitar. Declaración de que alguien no puede, por causas naturales, morales o de otra índole, desempeñar un cargo, realizar un acto jurídico o proceder en otra esfera de la vida jurídica.

De la misma manera que existen personas incapaces para celebrar ciertos actos o contratos, en el Derecho Administrativo, y sobre todo, en los contratos administrativos, existe la figura de las inhabilidades. Esta figura se encuentra contemplada en nuestra legislación en el artículo 62 que enumera las inhabilidades generales que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública manda y son las siguientes:

Art. 62.- Inhabilidades Generales.- No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes:

1. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley;
2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director General o la Directora y demás funcionarios del Servicio Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral;
3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada;
4. Quienes consten suspendidos en el RUP;
5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y,
6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones.²⁸

Por otro lado, así como existen inhabilidades generales, la Ley Orgánica del

²⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

Sistema Nacional de Contratación Pública, también contempla inhabilidades especiales en su artículo 63, y son las siguientes:

Art. 63.- Inhabilidades Especiales.- No podrán celebrar contratos con la Entidad Contratante:

1. Los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción;
 2. Las personas naturales o jurídicas, incluidos sus representantes legales, que hubieren realizado los estudios, los diseños y los proyectos de ingeniería o arquitectura, que presenten algún tipo de vinculación respecto a los ejecutores de las obras; y, los que hubieren elaborado las especificaciones de los bienes a adquirirse; salvo que el contrato se refiera a fiscalización, supervisión, o actualización de los estudios, diseños o proyectos;
 3. Los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
 4. Los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones; y,
 5. Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los pliegos, relacionados con el contrato a celebrarse.
- Si se comprobare la intervención de un oferente inhábil, éste quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin derecho a reclamo alguno.²⁹

1.2.2.2. Competencia.

El doctrinario Agustín Gordillo define a la competencia como “el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo.”³⁰ La competencia en este sentido, es la aptitud o facultad, dentro del principio de legalidad de la administración pública, para obrar o actuar de conformidad con la Ley. Un claro ejemplo de competencia, es el que introduce el doctor Efraín Pérez, que dice lo siguiente:

Los ministerios no tienen personalidad jurídica, sino el Estado ecuatoriano, y los ministros celebran contratos solamente en representación de Presidente de la República, conforme lo determinado en el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE). Asimismo, hay otros funcionarios que pueden actuar por delegación, pero esta tiene que ser otorgada expresamente y el funcionario que delega tiene que estar expresamente autorizado para ello por un texto legal.³¹

²⁹ *Id.*, Artículo 63.

³⁰ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III. Óp. cit.*, p. VIII-25.

³¹ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo, Vol. 2. Óp. cit.*, pp. 775-776.

1.2.3. Voluntad.

La voluntad y su conformación es otro de los temas más importantes en cuanto a la celebración de contratos con el Estado y los particulares. En este sentido, Marienhoff hace una aproximación al concepto de voluntad en cuanto a los contratos administrativos y dice lo siguiente:

De modo que en materia de contratos administrativos, la expresión de voluntad de las partes y la elaboración de las cláusulas del contrato, tanto pueden lograrse mediante una libre discusión entre las partes interesadas, como "adhiriéndose" el administrado – co contratante- a cláusulas prefijadas al respecto por el Estado. [...] El intercambio directo de voluntades se produce entre el órgano ejecutivo y el administrado, actuando el primero como ejecutor constitucional de la voluntad del Poder Legislativo.³²

La voluntad y su conformación es otro de los temas más importantes en cuanto a la celebración de los contratos administrativos. En este sentido, el doctor Roberto Dromi expone lo siguiente en cuanto a la voluntad, como elemento del Contrato Administrativo:

El poder del Estado, como medio de exteriorización de la voluntad pública, es ejercido por hombres que actúan por él. Sólo la persona humana puede accionar los resortes del poder y de la organización política mediante conductas que se imputan a la persona jurídica estatal. El Estado carece de voluntad propia, autónoma de la voluntad de las personas físicas (agentes públicos). Las distintas competencias estatales están asignadas a determinados órganos institucionales e individuales.³³

Efraín Pérez considera que el acto administrativo válido “puede ser expreso, por escrito, de acuerdo al mandato citado del Art. 1726 del Código Civil, pero también se producen situaciones de hecho que sustentan el requerimiento del pago, [...]”³⁴

De conformidad a la legislación ecuatoriana, el elemento de la voluntad y su formación es un tema muy importante. Para la formación de la voluntad, en materia de contratos con entidades públicas, es necesario un pronunciamiento previo de la Administración Pública. En este sentido, Efraín Pérez considera lo siguiente: “En vista de que la formación de esa voluntad, es decir la ejecución de los mencionados actos, se

³² Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IIIA*. Buenos Aires: Abelado-Perrot, p. 48.

³³ Roberto Dromi. *Tratado Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 108.

³⁴ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo, Vol. 2. Óp. cit.*, p. 778.

encuentra precisamente reglada, la trasgresión de ese ordenamiento produce verdaderos vicios que afecta la validez y eficacia de dicha voluntad.”³⁵ Adicionalmente, cabe mencionar que la formación de voluntad también se regula por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

1.2.4. Objeto.

El objeto como parte del contrato administrativo, es un elemento de la esencia del Derecho Civil. Se trata de que el negocio jurídico o el contrato recaiga sobre un objeto lícito, tal como lo manda el artículo 1461 del Código Civil dentro de los requisitos de validez. El objeto lícito que recae sobre las obligaciones, es decir, sobre los efectos jurídicos que despliegan en el contrato.

En el presente caso, el objeto del contrato son las obligaciones que constituyen la prestación, de conformidad con el artículo 1476 del Código Civil que dice lo siguiente: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer.”³⁶ En este sentido, la obligación es el vínculo, y la prestación es el contenido del vínculo.

En cuanto al objeto aplicado al Derecho Administrativo, especialmente a los contratos administrativos, el doctrinario Juan Carlos Cassagne dice:

El objeto o contenido del acto administrativo consiste en lo que el acto decide, certifica u opina, a través de la declaración pertinente. [...] Como regla general, el objeto o contenido del acto administrativo debe ser: a) lícito; b) cierto y determinado; c) posible física y jurídicamente; d) razonable y e) moral.³⁷

Adicionalmente, conforme a la doctrina, el objeto en el Derecho Administrativo se divide en dos:

- a) Objeto directo o inmediato: Es la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones dentro de la actividad del órgano administrativo.
- b) Objeto indirecto o mediato: Será realizar la actividad del órgano del Estado, cumplir con sus contenidos y ejercer la potestad pública que tiene encomendada. En este mismo sentido forma la sustancia que lo determina, es decir, aquello que el acto decide, certifica, opina, dispone o permite.³⁸

³⁵ *Id.*, p. 776.

³⁶ Código Civil (libro IV). Artículo 1476. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

³⁷ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo, Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 105.

³⁸ Jorge Enrique Calafell. La teoría del Acto Administrativo.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/24/pr/pr4.pdf>, p.130 (acceso: 1/06/2014).

El objeto de los contratos administrativo, es uno de los temas más importantes que va de la mano con la naturaleza misma del contrato en si. En rasgos generales, en cuanto a los contratos administrativos, “[E]l objeto o contenido del acto es aquello que el acto decide, certifica u opina.”³⁹ Sin embargo, de conformidad con lo que expone Agustín Gordillo, en el ámbito del Derecho Administrativo, “el objeto [del acto administrativo, y por ende del contrato administrativo] debe ser cierto y física y jurídicamente posible.”⁴⁰

En cuanto al objeto, hay que tomar en consideración lo que el doctor Roberto Dromi considera en cuanto a dicho concepto:

El objeto del acto administrativo es la materia o contenido sobre lo que se decide, certifica, valora u opina; el objeto debe ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente. El acto debe certificar, decidir o registrar todas las cuestiones propuestas en el curso del procedimiento.⁴¹

Por otra parte, el doctor Hernán Jaramillo, postula lo siguiente en cuanto al objeto del acto administrativo, igualmente aplicable a los contratos administrativos, y dice lo siguiente:

El objeto es el contenido del acto administrativo, la situación jurídica de que se trata de crear, reconocer, modificar o extinguir. El contenido del acto administrativo debe ajustarse a las normas jurídicas. Es un elemento esencial para la validez del acto. La causa debe ser lícita, es decir de acuerdo con la Ley, la moral y las buenas costumbres y el orden público. El objeto, en cambio debe ser física y moralmente posibles. En cuanto al fin lícito, el administrador no debe perseguir sino fines de interés general.⁴²

Por otro lado, el Estado Plurinacional de Bolivia, en su Decreto Supremo No. 27113, emitió el Reglamento a la Ley No. 2341, sobre el Procedimiento Administrativo, el 23 de julio de 2003, considera al objeto del acto administrativo en su artículo 28, que dice lo siguiente:

Art. 28: El objeto del acto administrativo es la decisión, certificación o juicio de valor sobre la materia sujeta a conocimiento del órgano administrativo. El acto debe pronunciarse, de manera expresa, sobre todas las peticiones y solicitudes de los

³⁹ *Id.*, p. VIII-6.

⁴⁰ *Id.*, p. VIII-12.

⁴¹ Roberto Dromi. *Tratado Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 211.

⁴² Hernán Jaramillo Ordóñez. *Manual de Derecho Administrativo*. Loja: Editorial Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1986, p. 52.

administrados incoadas en el procedimiento que le da origen.⁴³

Por otro lado, debemos tomar en consideración que el objeto del contrato, es donde se reducen las prestaciones, es decir, el propio contenido del acto o contrato. Por lo expuesto, el objeto debe ser cierto, claro, preciso, jurídica y físicamente posible. El objeto es uno de los elementos más importantes para determinar la finalidad del objeto, y que se pretende obtener del acto o contrato.

1.2.5. Causa.

La causa, al igual que el objeto, son elementos del contrato que se encuentran definidos en el Código Civil. El artículo 1461, aplicable al objeto, es también aplicable en la causa, para que una persona se obligue a otra mediante un acto o declaración de voluntad. Dicho acto o declaración de voluntad debe recaer en una causa lícita, y de conformidad con el artículo 1483 del Código Civil, se entiende por causa lícita, “el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.”⁴⁴

La causa se puede resumir el responder “para qué” se celebra el acto o negocio jurídico. En este sentido, Efraín Pérez, citando a Berçaitz considera lo siguiente en relación a la causa en el contrato administrativo:

1) La causa y los motivos presupuestos son los antecedentes de hecho y de derecho del acto o del contrato que mueven a considerar su necesidad o conveniencia; 2) el objeto es la acción, la cosa, el bien, mediante el cual se trata de lograr que se satisfaga o desaparezca la causa objetiva del acto o del contrato; 3) el motivo determinante, el fin que se trata de satisfacer o lograr, es decir, la mejor atención de las necesidades colectivas conforme a las normas que otorgan competencia al órgano administrativo que interviene en la emisión del acto o en la concertación de contrato.⁴⁵

Uno de los temas fundamentales que se diferencia el Derecho Civil del Derecho Administrativo, es en particular con el elemento de la causa. Según el doctor Efraín Pérez, “cuando la causa, el motivo propuesto, por un lado, y el motivo determinante, por otro, dejan de armonizar, la causa –el motivo presupuesto- funcionan como

⁴³ Decreto Supremo 27113, Publicado en la Gaceta Oficial de Bolivia 2506, del 25 de Julio de 2003.

⁴⁴ Código Civil (libro IV). Artículo 1483. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁴⁵ Miguel Berçaitz, Teoría General de los Contratos Administrativos. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1980, pp. 288-289.

condición resolutoria implícita para la Administración. [...]”⁴⁶ “En el contrato de derecho privado, basta que exista la causa al momento de la suscripción de contrato; en cambio, en la contratación administrativa, la causa debería persistir durante todo el tiempo de vigencia del contrato.”⁴⁷ Sin embargo, cabe mencionar que la causa, o el motivo determinante por lo que se celebran contratos administrativos, son las necesidades colectivas y el desarrollo de los objetivos del Estado.

1.2.6. Finalidad.

A diferencia de la causa, la finalidad se refiere al caso específico de cada contrato. Teniendo en consideración al doctor Efraín Pérez citando a Escola, “la finalidad del contrato es la condición de subordinación al fin propio del servicio de que se trata en cada caso, y que el contrato administrativo debe satisfacer.”⁴⁸

1.2.7. Forma.

De conformidad con la doctrina, hay que saber distinguir como elemento del contrato, a la formalidad de la forma. De conformidad con el doctor Roberto Dromi, “La forma es uno de los elementos esenciales. Se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual.”⁴⁹ Mientras que las formalidades son “los recaudos que han de observarse para la celebración del contrato.”⁵⁰

1.2.8. Cláusulas Exorbitantes.

Otro de los elementos que algunos autores toman en consideración, como elemento del contrato son las cláusulas exorbitantes. En este sentido, hay que tomar en consideración la definición del artículo 75 del ERJAFE⁵¹, ya que una de las partes se encuentra en ejercicio de una función administrativa, existe un desequilibrio en la

⁴⁶ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo*, Vol. 2. *Óp. cit.*, p. 783.

⁴⁷ Miguel Berçaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos. Óp. cit.*, pp. 290-291.

⁴⁸ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo*, Vol. 2. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 784. Jorge Hector Escola. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1981, p. 206.

⁴⁹ Roberto Dromi. *Tratado Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 303.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 75. Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002. Art. 75.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.

relación contractual que hace que existan cláusulas exorbitantes (a la vista del derecho privado). En este sentido, Marienhoff, considera lo siguiente:

De esos "*caracteres*" específicos de los contratos administrativos derivan, como dije, una serie de "*prerrogativas*" especiales o exorbitantes en favor de la Administración Pública, al extremo de que en esa clase de vinculaciones contractuales el cocontratante queda en una verdadera situación de subordinación respecto de la Administración. Es así como ésta, dentro de ciertos límites, puede ejercer sobre su cocontratante un control de alcance excepcional; puede modificar unilateralmente las cláusulas del contrato; puede dar directivas a la otra parte; puede, incluso, por sí y ante sí, declarar extinguido el contrato; etc. Trátase de reglas generales aplicables a todo contrato "*administrativo*", por ser ellas inherentes a la *naturaleza* de tales contratos, en los cuales pierde gran parte de su imperio el viejo principio, tan invocado en derecho privado, de que el contrato constituye la ley *inmutable* de las partes.⁵²

Por otro lado, debemos tomar en consideración al doctrinario Juan Carlos Cassagne, que estipula un concepto diferente y plantea la distinción entre el régimen exorbitantes y las cláusulas exorbitantes, por lo que dice lo siguiente:

¿Qué relación o similitud existe entre una cláusula exorbitante y el régimen de esa especie? Ateniéndonos a la concepción antes expuesta el régimen exorbitante, propio del Derecho Público, se encuentra por encima de la cláusula de la especie, constituyendo un orden jurídico general, que, por lo demás, incluye tanto prerrogativas como garantías. En cambio, la cláusula exorbitante al provenir de un pacto, de un orden singular, trasunta la imposición concreta de una determinada conducta u obligación por parte de la Administración. Por esa causa, no existen las llamadas "cláusulas exorbitantes implícitas" en los contratos administrativos. Lo que sí existe son las prerrogativas de poder público que posee la Administración Pública, derivadas del ordenamiento general que constituye el régimen administrativo.⁵³

Lo que menciona Cassagne, es que debe existir una clara distinción entre el régimen exorbitante y la cláusula exorbitante. La razón que expone el autor es que el régimen existe independientemente de si hay o no un contrato, debido a las prerrogativas del Estado. Sin embargo, las cláusulas exorbitantes dependen de la voluntad de las partes en si están de acuerdo o no con las condiciones que el Estado contempla para la celebración del contrato en particular.

1.3. Regulación y normativa aplicable a los contratos administrativos en el Ecuador.

En el Ecuador, existen diversas normas que regulan los contratos administrativos,

⁵² Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IIIA. Óp. cit.*, p. 115.

⁵³ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo, Tomo II. Óp. cit.*, p. 23.

y dichas normas no se encuentran en un solo cuerpo normativo, sino que existen disposiciones aplicables en varias normas del cuerpo legislativo ecuatoriano.

1.3.1. Constitución de la República.

La Constitución de la República del Ecuador, contiene ciertas normas que se aplican directa e indirectamente a los contratos administrativos. El primer artículo que debemos mencionar es en cuanto a la impugnación de los actos administrativos. El artículo 173 de la carta magna dice lo siguiente: “Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”⁵⁴

El siguiente artículo que debemos tomar en cuenta es el que recoge a las distintas entidades del sector público. Es importante mencionar este artículo para determinar la mayoría de las personas jurídicas de derecho público que pueden suscribir contratos de derecho público. El artículo 225 de la Constitución manda lo siguiente:

Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos. Principio de Legalidad.⁵⁵

Uno de los artículos más importantes que igual se debe tomar en consideración para temas de contratos administrativos es el Principio de Legalidad. Dicho principio se encuentra reconocido el artículo 226 de la Constitución del Ecuador que manda lo siguiente:

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.⁵⁶

⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 173. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁵⁵ *Id.*, Artículo 225.

⁵⁶ *Id.*, Artículo 226.

Uno de los temas más importantes que la Constitución de la República recoge explícitamente sobre los contratos que suscriben las entidades del sector público, es en cuanto a las funciones y responsabilidades que tiene el Procurador General de Estado. En este sentido, se debe considerar el artículo 237 de la Constitución que manda lo siguiente:

Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

[...]

3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.⁵⁷

Finalmente, se debe considerar el artículo 307 de la Constitución en cuanto al mecanismo de solución de controversias de los contratos que el Estado celebre. En este sentido, el artículo 307 manda lo siguiente:

Art. 307.- Los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio diplomático.⁵⁸

1.3.2. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁵⁹ (en adelante “LOSNCP”), “determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, [...]”⁶⁰ que celebren las distintas instituciones del estado enumeradas en el artículo uno de la LOSNCP⁶¹, en

⁵⁷ *Id.*, Artículo 237.

⁵⁸ *Id.*, Artículo 307.

⁵⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008.

⁶⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008.

⁶¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008. Art. 1.- Objeto y Ámbito.- [...]

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.

2. Los Organismos Electorales.

3. Los Organismos de Control y Regulación.

4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.

5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

concordancia con el artículo 225 de la Constitución de Ecuador, y el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Cabe mencionar que la lista que menciona la LOSNCP en su artículo 1, no son los únicos contratos administrativos que se aplican en el Ecuador. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, cabe analizar dos situaciones en particular que presenta la LOSNCP, y es en cuanto a las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles que estén integrados en general por instituciones del Estado, o que poseen o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado, siempre que el capital o los recursos asignados estén integrados al menos en el cincuenta (50%) por ciento de participación estatal, y/o se utilice más del cincuenta (50%) de recursos públicos de costo en el respectivo contrato. Esta disposición es totalmente aplicable a las compañías mercantiles, de conformidad con la Ley. Es importante tomar en consideración lo mencionado anteriormente, ya que las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, sociedades mercantiles que estén integrados en general por instituciones del Estado, y celebren un contrato con las entidades contratantes de la Administración Pública, serán considerados como contratos administrativos, de conformidad con el artículo 60⁶² de la LOSNCP.

Una vez que se ha determinado el ámbito de aplicación de la LOSNCP, debemos

-
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
 7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.
 8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.

⁶² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 60. Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008. Art. 60.- Carácter de los Contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos.

analizar los principios y las definiciones aplicables para los contratos administrativos de conformidad con la presente Ley. En este sentido, debemos remitirnos al artículo 4 de la Ley, que dice lo siguiente:

Art. 4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.⁶³

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Ley, corresponde analizar los principios mencionados en dicho artículo. El principio de legalidad “es el que da la movilidad necesaria a la Administración y constituye el verdadero límite de su permanente transformación [...]”⁶⁴ y se encuentra estipulado en el artículo 226 de la Constitución de la República que dice lo siguiente:

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.⁶⁵

Por otro lado, los principios de trato justo e igualitario reconocidos en el artículo 4 mencionado anteriormente, son conceptos subjetivos que dependen de la interpretación de cada caso y del sistema u ordenamiento jurídico en los que se aplique. Sin embargo, la doctrina ha definido al principio de “trato justo e igualitario” de la siguiente manera:

Principio de Trato Justo e Igualitario: Todo postor de bienes, servicios o ejecución de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes a las de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley.⁶⁶

Finalmente, los principios de calidad, vigencia tecnológica, oportunidad,

⁶³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 4. Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008.

⁶⁴ Javier Robalino Orellana. El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador. [http://www.cesarzumarraga.com/Cesar_Zumarraga/Materiales_files/Marco%20Constitucional%20Der%20Adm%20\(JavierRobalino\).pdf](http://www.cesarzumarraga.com/Cesar_Zumarraga/Materiales_files/Marco%20Constitucional%20Der%20Adm%20(JavierRobalino).pdf) (acceso: 1/06/2014).

⁶⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶⁶ Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (DECRETO SUPREMO N° 083-2004-PCM) http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_per_lc_nr_sp.pdf (acceso: 1/06/2014)

conurrencia, transparencia⁶⁷, publicidad y participación nacional⁶⁸ dependen de la aplicación que se le da a cada principio en el régimen de contratación pública. A pesar de que dichos principios están reconocidos bajo el artículo 4 de la LOSNCP, la mayoría de ellos se encuentran estipulados en las normativas de la Ley.

Teniendo en cuenta los principios aplicables para la contratación administrativa, debemos tomar en consideración los requisitos y la forma que se requiere para la celebración de dichos contratos de conformidad a la LOSNCP. El artículo 68 de la LOSNCP dice lo siguiente:

Art. 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.⁶⁹

Conforme al artículo 68, ya hemos analizado los requisitos 1 y 2 para la celebración de los contratos. Sin embargo, considero importante analizar los requisitos 3 y 4 que manda el artículo.

En cuanto a la existencia de la disponibilidad presupuestaria, este requisito se encuentra estipulado en el artículo 24 de la LOSNCP, que dice lo siguiente:

Art. 24.- Presupuesto.- Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.⁷⁰

⁶⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 9. Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008. Art. 9.- Objetivos del Sistema.- Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes: [...]

3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;

⁶⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 25.2. Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008. Art. 25.2.- Preferencia a bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, y a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, pequeñas y medianas empresas.- En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros.

⁶⁹ *Id.*, Artículo 68.

⁷⁰ *Id.*, Artículo 24.

La disponibilidad presupuestaria implica la seguridad económica financiera de que el Estado pueda cumplir la obligación o el objeto de la prestación del contrato administrativo. Por otro lado, la formalización del contrato se encuentra estipulada en el artículo 69 de la misma Ley que dice lo siguiente:

Art. 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.

Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega.

Las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes.

Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública.

Para la suscripción del contrato, será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes.

Cuando por causas imputables al adjudicatario no se suscriba el contrato dentro del término correspondiente, la entidad deberá declararlo como adjudicatario fallido y disponer su suspensión del RUP. De existir ofertas habilitadas, la entidad, de convenir a sus intereses, adjudicará el contrato al oferente que hubiera presentado la siguiente oferta de mejor costo.

Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la Entidad Contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables.

En ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en este artículo.⁷¹

Teniendo en cuenta los requisitos que manda la LOSNCP, considero que es importante mencionar la obligación que impone el artículo 78 en cuanto a la cesión de derechos y obligaciones que emanan de los contratos celebrados al amparo de la LOSNCP. Debido a esto, considero indispensable mencionar el artículo 78 que dice lo siguiente: “Art. 78.- Cesión de los Contratos.- El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato.”

Dentro de la contratación pública, debemos tomar en consideración dos temas realmente importantes, que son las posibles nulidades del contrato, y la forma de terminación de los contratos administrativos. El régimen de la nulidad de los contratos

⁷¹ *Id.*, Artículo 69.

administrativos se encuentra en el artículo 65 de la LOSNCP, que dice lo siguiente:

Art. 65.- Nulidad del Contrato.- Los contratos regidos por esta Ley serán nulos en los siguientes casos:

1. Por las causas generales establecidas en la Ley;
2. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y,
3. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.

El Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.⁷²

Por otro lado, la terminación de los contratos administrativos, se encuentra regulada por el artículo 92⁷³ y por los artículos posteriores. El artículo 92 manda lo siguiente:

Art. 92.- Terminación de los Contratos.- Los contratos terminan:

1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
2. Por mutuo acuerdo de las partes;
3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista;
4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,
5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.⁷⁴

Del artículo 92 mencionado anteriormente, debemos analizar las causales para que opere la terminación del contrato. La primera alternativa radica en el cumplimiento de

⁷² *Id.*, Artículo 65.

⁷³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 92. Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008. Art. 92. (Continuación) [...] Los representantes legales de las personas jurídicas cuya disolución se tramita están obligados, bajo su responsabilidad personal y solidaria, a informar a la autoridad a la que compete aprobar la disolución, sobre la existencia de contratos que aquellas tengan pendientes con las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, y a comunicar a las Entidades Contratantes respectivas sobre la situación y causales de disolución.

Para los indicados casos de disolución de personas jurídicas, antes de expedir la resolución que la declare, la autoridad correspondiente deberá comunicar sobre el particular al Servicio Nacional de Contratación Pública, para que éstos, en el término de diez (10) días, informen si la persona jurídica cuya disolución se tramita no tiene contratos pendientes con las entidades sujetas a esta Ley o precise cuáles son ellos.

Con la contestación del Servicio Nacional de Contratación Pública o vencido el antedicho término, se dará trámite a la resolución, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios o empleados que incumplieron su deber de informar.

De existir contratos pendientes de la persona jurídica frente al Estado o Entidades Contratantes, el Servicio Nacional de Contratación Pública informará sobre aquellos a la Entidad Contratante, a la autoridad a la que compete aprobar la disolución y a la Procuraduría General del Estado, para que en el proceso de liquidación adopten las acciones conducentes a precautelar y defender los intereses públicos.

⁷⁴ *Id.*, Artículo 92.

las obligaciones contractuales y el objeto de la prestación por las partes, de conformidad con el artículo 1583⁷⁵ del Código Civil. Por consiguiente, no hay necesidad de analizar el numeral primero de dicho artículo

La terminación del contrato por mutuo acuerdo también se encuentra estipulada en el Título XIV del Código Civil, sobre los Modos de Extinguirse las Obligaciones, específicamente en el artículo 1583⁷⁶. Adicionalmente, bajo los contratos administrativos, debemos tomar en consideración el artículo 93 de la LOSNCP, que dice lo siguiente:

Art. 93.- Terminación por Mutuo Acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren. La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos a favor de la Entidad Contratante o del contratista. Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.⁷⁷

La tercera causal estipulada en el artículo 92 de la LOSNCP manda que los contratos administrativos terminan por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista.

La cuarta causal para terminar un contrato de conformidad con la LOSNCP, es mediante la declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista. La terminación unilateral del Contrato, en este caso, del contrato administrativo que se rige bajo la LOSNCP, se encuentra reglamentada en el artículo 94⁷⁸ que dice lo siguiente:

⁷⁵ Código Civil ecuatoriano, (Libro IV). Artículo 1583. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Art. 1583.- Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

2. Por la solución o pago efectivo;

⁷⁶ Código Civil ecuatoriano, (Libro IV). Artículo 1583. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Art. 1583.- Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

1. Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo;

⁷⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 93. Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008.

⁷⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 94. Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008. Art. 94. (Continuación) [...] En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al

Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.⁷⁹

Vale la pena indicar que la determinación de los contratos administrativos que hace la LOSNCP no es taxativa. Un claro ejemplo son los contratos de la Ley de Hidrocarburos, los cuales son regulados por la ley de la materia.

1.3.3. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

El artículo 75 del ERJAFE, contiene una noción del Contrato Administrativo, que ya fue analizada en el punto 1.1 del presente documento. Sin embargo, hay que tomar en consideración el artículo 76 de dicho cuerpo normativo en cuanto a la formación de los contratos administrativos, y dice lo siguiente:

Art. 76.- FORMACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- DE LOS ACTOS SEPARABLES.- En la formación de los contratos administrativos hay dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución. A estas fases concurre también todo potencial contratista desarrollando determinadas actividades jurídicas. Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad. A ellos son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación.⁸⁰

Finalmente, hay que tomar en cuenta que el ERJAFE, en su artículo 77 menciona

pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

⁷⁹ *Id.*, Artículo 94.

⁸⁰ *Id.*, Artículo 76.

los métodos de impugnación de los contratos administrativos. Esto va de la mano con el artículo 173 de la Constitución de la República que dice lo siguiente: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.” En este sentido, debemos tomar en consideración el artículo 77 que dice lo siguiente:

Art. 77.- IMPUGNACION.- Las diferentes manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial de conformidad con este estatuto y la ley respectiva.

En general y de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo tienen competencia privativa y exclusiva para conocer y resolver judicialmente todos los aspectos derivados de y relacionados con todos los contratos administrativos.⁸¹

Capítulo 2

Alianzas y Convenios Público Privados

En el presente capítulo se realiza un análisis de las alianzas y los convenios público privados desde el punto de vista teórico, para posteriormente referirnos a la aplicabilidad de dichos convenios y asociaciones bajo la legislación ecuatoriana. Desde el punto de vista conceptual, se deben abordar los aspectos generales, los requisitos, los

⁸¹ *Id.*, Artículo 77.

tipos de convenios y asociaciones que existen, así como determinar los efectos que producen.

2.1. Las Alianzas y los Convenios Público Privados

El primer paso para analizar las alianzas y los convenios público privados (en adelante simplemente “PPP’s” por sus siglas en inglés “Public Private Partnerships”) es la revisión de los conceptos de dichas instituciones jurídicas. Los doctrinarios Vallés Ferrer y Cazallo Antúnez, plantean esta primera definición:

La colaboración público-privada hace referencia, en términos generales, a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el sector privado con el objeto de garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o servicio.⁸²

Para Estibalitz Moreno, el concepto de PPP’s, es el siguiente:

El *Public Private Partnership* se puede definir como una fórmula jurídica que acoge diferentes formas de cooperación, a medio-largo plazo, entre la Administración pública y el ámbito empresarial y/o sociedad civil, cuyo objetivo es la utilización de financiación y técnicas privadas para introducir la innovación en la prestación de un servicio prestado o no prestado tradicionalmente por el sector público.⁸³

Los doctrinarios Andersen, Cao, Tvarnø y Wang, consideran lo siguiente:

In a general legal context, a PPP can be characterised as a long-term contract arrangement between a public authority and a consortium of private parties based on cooperation, aiming to provide a mechanism for developing public service provision involving significant assets or services for a long period of time. The asset or service is entrusted to the private sector, and a part or all of the funding comes from the private sector. The latter means that the private party in a PPP holds all equity and handles the works, operation and maintenance of the Project. The PPP is, or at least should be, based on needs or functions instead of demands or concrete descriptions.⁸⁴

⁸² José Vallés Ferrer y Ana María Cazallo Antúnez. “Los contratos de colaboración público-privado”. *Óp. cit.*, p 6.

⁸³ Estibalitz Moreno. “Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración”. *Revista Oñati Socio-Legal legal Series Volumen 2, Número 4, (2012), p 86.*

⁸⁴ Henrik Andersen et al. (comps.). *Public Private Partnerships. An international analysis – from a legal and economic perspective. 1era. Ed.* China: EU Asia Inter University Network, 2010, p. 23.

Traducción Libre: En un contexto jurídico general, una PPP puede ser caracterizado como un acuerdo de contrato de largo plazo entre las autoridades públicas y un consorcio de entidades privadas basadas en la cooperación, con el objetivo de proporcionar un mecanismo para el desarrollo de la prestación del servicio público de activo, con servicios significativos durante mucho período de tiempo. El activo o el servicio está a cargo del sector privado, y una parte o la totalidad del financiamiento proviene del sector privado. Esto último significa que la parte privada en una PPP tiene todo el derecho y se encarga de la obras, operación y mantenimiento del proyecto. La PPP es, o al menos debería ser, la base de las necesidades o funciones en lugar de demandas o descripciones concretas.

Adicionalmente, debemos también considerar los planteamientos y las definiciones que mandan los cuerpos normativos que se han elaborado para emplear y ejecutar en ciertos casos los PPP's. Por consiguiente, se debe mencionar a modo ejemplificativo, el Decreto No. 2509, del 24 de octubre de 2006, emitido por la Intendencia Municipal de Rosario de la República Argentina, el cual aprueba el Reglamento al Régimen Municipal de Asociación Público-Privada y sus anexos. En el artículo 1 del presente reglamento, se define a los contratos de Asociación Público-Privada de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1.- Los contratos de Asociación Público-Privada constituyen un instrumento de cooperación entre el Sector Público y el Sector Privado destinado a establecer un vínculo obligacional entre las partes, a fin de asociarse para la ejecución y desarrollo de obras públicas, servicios públicos, u otra actividad delegable, observando los siguientes principios:

- a) Eficiencia en el cumplimiento de las funciones del Estado.
- b) Respeto a los intereses y derechos de los destinatarios de los servicios públicos y de los entes privados involucrados en la ejecución de los emprendimientos públicos.
- c) Indelegabilidad de las funciones de regulación y de poder de policía del Estado.
- d) Responsabilidad fiscal en la celebración y ejecución de los contratos.
- e) Transparencia en los procedimientos y decisiones.
- f) Sustentabilidad económica de los proyectos de Asociación Público-Privada.
- g) Asignación de los riesgos, de acuerdo a la capacidad de gestión de los contratantes y a un criterio de mayor eficiencia.

Finalmente, en el plano local, el Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada⁸⁵ publicado recientemente, no contiene una definición del contrato o de la asociación público privada. Por otro lado, la Ordenanza Metropolitano del Concejo Metropolitano de Quito No. 406, de fecha 6 de junio de 2013, en la que, a pesar de no establece una definición de las asociaciones o convenios público privados como un concepto. Sin embargo, establece la posibilidad de asociación de las empresas públicas metropolitanas, y las condiciones para dicha asociación. La ordenanza establece lo siguiente:

Artículo (24).- Participación en procesos asociativos.- Las empresas públicas metropolitanas podrán asociarse con personas jurídicas privadas o de la economía popular y solidaria, cuando se verifiquen las siguientes condiciones:

- a) Que el proyecto, actividad o emprendimiento se encuentre directamente relacionado con alguno de los objetivos determinados por el Directorio de la empresa

⁸⁵ Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada en el Ecuador. Publicado en el Registro Oficial No. 453, de fecha 6 de marzo de 2015.

- pública en medio ambiente, vivienda social, turismo, movilidad o cualquier proyecto de interés público para el Distrito; o,
- b) Que el proyecto cuente con los respectivos informes técnico, económico y legal de la empresa pública, que recomienden el modelo de gestión asociativo.

2.1.1. Especificaciones de los PPP's

No existe una sola definición para dicha los PPP's que sea aceptada y aplicada a nivel internacional. Sin embargo, podemos determinar que, en las definiciones mencionadas anteriormente existen denominadores en común.

El concepto de *Public Private Partnerships* es un término empleado para catalogar o denominar a distintas modalidades de contratación entre instituciones públicas y entidades privadas. Las PPP's son contratos a mediano o largo plazo entre un Estado o autoridad pública y una o varias entidades privadas para la provisión de una obra, servicio público o necesidad que sea delegable. A pesar del ámbito de aplicación que cada legislación pueda incluir para aplicar las PPP's, es importante mencionar que éstas no constituyen privatizaciones. En este sentido, debemos apoyarnos en lo que el Dr. Javier Robalino Orellana considera en cuanto a las concesiones y privatizaciones en relación a las PPP's: "Cabe mencionar que la privatización, entendida como la transferencia de un activo del sector público al privado, no es lo mismo que la concesión, pues en esta última solo se autoriza la realización de una actividad del Estado por parte de un privado."⁸⁶

El hecho de que el concepto de PPP's sea relativamente amplio, brinda la oportunidad de que existan distintas interpretaciones sobre su contenido y los efectos que estos contratos pueden producir. El primer tema que se debe tomar en consideración es el ámbito financiero. Los PPP's tienen dos ámbitos de rendimiento, por un lado se encuentra la rentabilidad social y por otro lado existe una rentabilidad financiera. Es muy común que los proyectos relacionados con la rentabilidad social no sean económicamente atractivos para las entidades privadas o la inversión privada. Sin embargo, el objetivo de los PPP's es justamente acortar el espacio que existe entre la rentabilidad social y financiera, para que sea atractivo económicamente para la inversión privada, y además, contribuya al desarrollo social. En este sentido, es muy

⁸⁶ Javier Robalino Orellana. "Los asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica". *Óp. cit.*, p 3.

importante determinar el ámbito financiero del proyecto o del PPP, ya que bajo éste sistema, se debe determinar no solo la toma de decisiones en cuanto al costo que debe generar el proyecto como parte de un servicio público, sino que además, debe tomarse en consideración la decisión sobre el financiamiento y sus distintos mecanismos de implementación para el proyecto.

Dentro del ámbito financiero, existe un tema muy importante que se relaciona con la motivación de acto administrativo en sí, y es el financiamiento del proyecto o *Project Finance*.

Project Finance es una herramienta o modalidad de financiación para un proyecto basada única y exclusivamente en los recursos generados por el propio proyecto, de manera que sus flujos de caja y el valor de sus activos puedan responder por sí solos como garantía de reembolso de la financiación recibida, aun en los peores casos predecibles técnica o económicamente que pudieran ocurrir durante la vida de proyecto.⁸⁷

Mediante un análisis de Project Finance se pueden determinar no solo los aspectos financieros del proyecto, sino el monto del riesgo que conlleva el contrato. Por consiguiente, el Project Finance sirve para determinar que tipo de modalidad contractual es la apropiada para el proyecto y también como se va a distribuir el riesgo del proyecto entre las partes.

Finalmente, uno de los temas más importantes que también deben considerarse en cuanto a la negociación de un contrato PPP, es el riesgo que existe en la operación y la distribución de éste. El riesgo que se asume en este tipo de proyectos es la base que atrae o no a la inversión, y desde un punto de vista contractual, es una de la característica más importante en el contrato de PPP's. El "Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en Materia de Contratación Pública y Concesiones de la Comisión de las Comunidades Europeas" (en adelante simplemente como el "Libro Verde"), considera necesario una adecuada distribución del riesgo producto de la operación.

No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte

⁸⁷ Diego Gómez Cáceres y Juan Jurado Madico. Financiación global de proyectos. Project finance. 1era. ed. Madrid: ESIC Editorial, 2001, p. 19.

de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.⁸⁸

Juan Ramón Cardos, Francisco Alcoba y Juan Ignacio Lema, consideran que dentro de un convenio público privado, la negociación sobre la distribución del riesgo es muy importante para todos los actores que están involucrados con el proyecto. Por consiguiente, ellos definen al riesgo como la “probabilidad de ocurrencia de un determinado evento que se traduzca en una pérdida”⁸⁹. Por consiguiente, es fundamental que cada parte tenga presente sus intereses para determinar qué tipo de riesgos pueden y no pueden asumir. En este sentido, existen varios tipos de riesgos que pueden suscitarse en un proyecto de infraestructura y son:

- Riesgo de implementación
- Riesgo de diseño y construcción
- Riesgo de puesta en marcha
- Riesgo político
- Riesgo institucional
- Riesgo regulatorio
- Riesgo de mercado o de demanda
- Riesgo de sobrecostos operativos
- Riesgo por disponibilidad
- Riesgo tarifario
- Riesgo financiero
- Riesgo de tipo de cambio
- Riesgo medioambiental
- Riesgo de falta de provisión pública⁹⁰

El riesgo es uno de los temas más complicados dentro de una negociación para la celebración de un contrato público privado. Generalmente, el Estado o la administración pública tiende a trasladar el riesgo al sector privado o al inversionista privado. Para que la ecuación se equipare, el sector privado incrementa el costo de

⁸⁸ Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones*. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=ES> (acceso: 17/10/2014), p. 3.

⁸⁹ Juan Ramón Cardos, Francisco Alcoba y Juan Ignacio Lema. *Participación Público-Privada en la Provisión de Infraestructura en Latinoamérica: Dificultades para su implementación*, p. 14. http://www.ciccp.es/biblio_digital/V_Congreso/congreso/pdf/010210.pdf (acceso: 18/10/2014).

⁹⁰ *Ibíd.*

proyecto.

En general, el Estado tiende a sobreprotegerse en materia de riesgos y trasladárselos al sector privado, por lo que éste demandará niveles de rentabilidad muy superiores, lo que implica un encarecimiento innecesario del proyecto. Es importante determinar si los sobrecostos compensan los riesgos que se transfieren. Los inversores requieren la obtención de una tasa de rentabilidad libre de riesgo equiparable a otras alternativas similares que ofrezca el mercado.⁹¹

2.2. Tipos de PPP's.

Como pudimos observar en la definición de PPP's mencionada anteriormente, dicha modalidad contractual puede variar según el proyecto que se va a emprender. De los distintos modelos que existen de PPP's, éstos se clasifican generalmente en dos: i) Mediante contrato de asociación público privado (PPP contractual); y ii) Mediante el uso de una empresa de economía mixta o similar (PPP institucional).

Las primeras son aquéllas en las que el vínculo entre el sector público y el sector privado se establece esencialmente a través de un contrato. [...] El segundo tipo de PPP se denomina PPP institucionales. En este caso, la relación entre ambos sectores no se basa en una relación contractual entre un agente y un principal, sino en la participación conjunta del sector público y privado en una entidad encargada de la gestión de la infraestructura.⁹²

De conformidad a lo expuesto anteriormente, la PPP contractual “se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes”⁹³, mientras que la PPP institucional contempla la “creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado”⁹⁴, el cual puede operar por medio de la creación de una empresa de economía mixta o mediante la adquisición de un cierto porcentaje de una compañía ya constituida.

2.2.1. PPP's Puramente Contractuales.

La clasificación de PPP's puramente contractual se basa en la implementación de dicha colaboración únicamente mediante un contrato de asociación que contiene todo

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² José Manuel Vasallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. 1era. ed. CAF, 2010, p. 105.

⁹³ Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesione*, p. 9 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=ES> (acceso: 17/10/2014).

⁹⁴ *Id.*, p.19.

el marco del proyecto en dicho contrato. En este sentido, el contrato de asociación tiene por objeto “la prestación de los servicios relacionados con el proyecto, así como, en su caso, la ejecución de la obra de infraestructura necesaria para la prestación de los servicios”⁹⁵.

La expresión CPP de tipo puramente contractual se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes. Engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio.⁹⁶

De conformidad con lo anterior, la relación puramente contractual entre el inversionista o el sector privado y la Administración Pública es bastante compleja ya que en el mismo contrato se debe estipular prácticamente toda la relación que existirá entre ambas partes.

La idea de las PPP contractuales es que la relación entre ambos sectores funciona como una relación entre un agente (contratista), que vela por su propio interés pero con fuertes incentivos para reducir costos y mejorar la calidad de servicio, y un principal (sector público) que vela por los intereses de los ciudadanos. Dicha relación se encuentra regulada sobre la base de un contrato que se establece al principio y que debe fijar la asignación de responsabilidades para cada sector.⁹⁷

2.2.1.1. Tipos de PPP's Contractuales.

Debido a que hay más de una definición de PPP's, existen también distintos tipos de PPP's puramente contractuales, con distintos modelos y aplicaciones. La aplicabilidad de los PPP's no es estática, “sino que se adapta, a través del tiempo y de las necesidades de cada Administración, a los requerimientos precisos para llevar a cabo un proyecto público”⁹⁸.

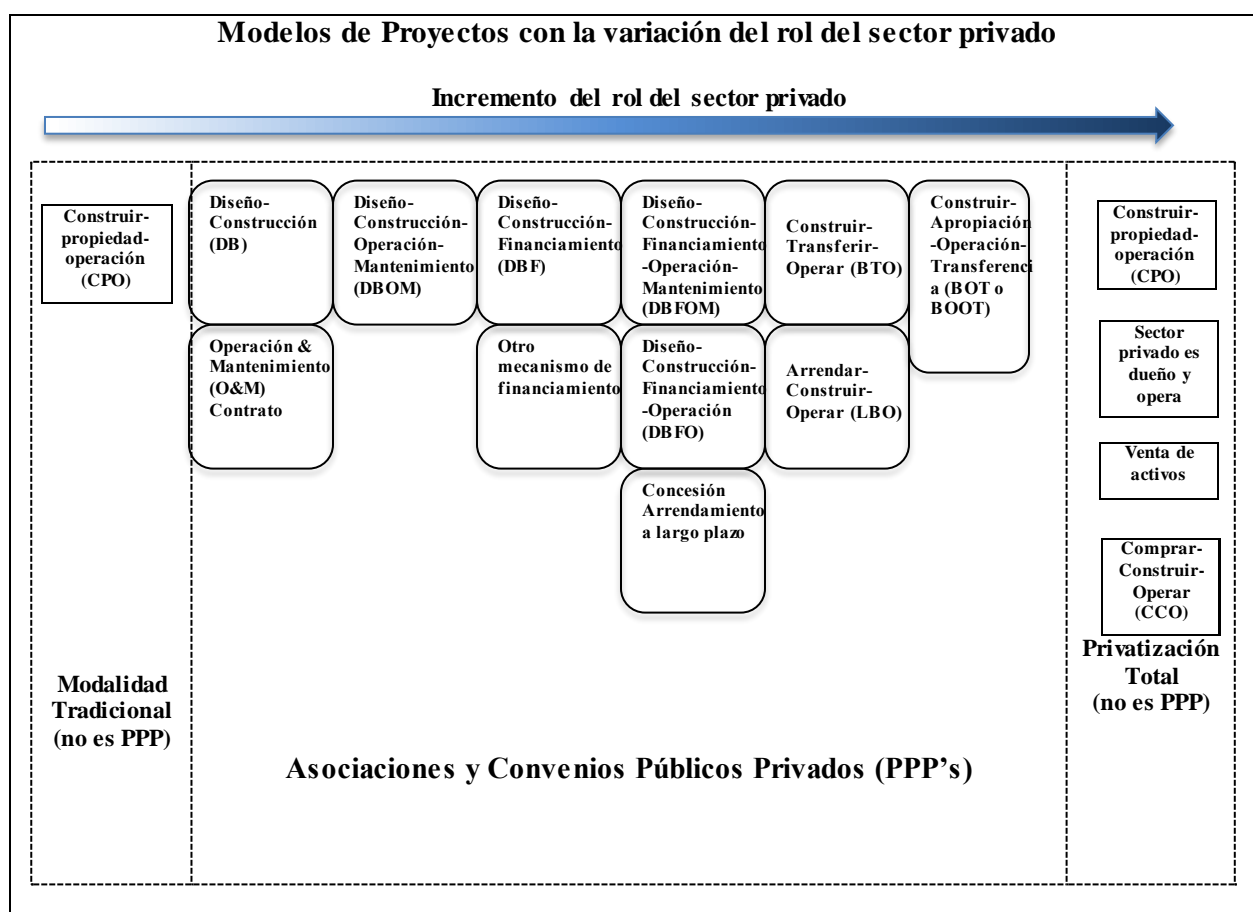
⁹⁵ Óscar Esquina Sancho *et al.* *Transferencia de Riesgos en las Colaboraciones Público – Privadas en el Mundo. Análisis comparado de las transferencias de riesgos en España. Propuestas de mejora.* Tesis de Maestría. Universidad Politécnica de Madrid. Madrid, 2012, p. 126.

⁹⁶ Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones*, p. 9 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=ES> (acceso: 17/10/2014).

⁹⁷ José Manuel Vasallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. 1era. ed. CAF, 2010, p. 105.

⁹⁸ Borja Colón de Carvajal Fibla. “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Una aproximación a su verdadera utilidad”. *Revista Contratación Administrativa Práctica* No. 85, (2010), p. 2.

Dentro de los PPP's puramente contractuales, hay una gama de alternativas de modelos que pueden existir, entre lo absolutamente público y lo absolutamente privado. Hay que tomar en cuenta que ni lo absolutamente público, ni lo absolutamente privado son parte de los PPP's. La Conferencia Nacional de Legislaturas Estatales (*The National Conference of State Legislatures*) elaboró un resumen sobre PPP's en materia de Transporte para legisladores en los Estados Unidos. Dentro de dicho resumen se elaboró el siguiente cuadro que contiene las distintas alternativas y modelos de PPP's para transporte, el cual brinda una perspectiva del funcionamiento de las PPP's en materia de contratación⁹⁹.



Como se detalla en el cuadro anterior, existen distintas gamas de contratación pública privada que varía dependiendo del rol de la participación privada, hasta convertirse en algo totalmente público y viceversa. Por consiguiente, es importante analizar los distintos tipos de contratos público privados (con distinta participación pública o privada) para determinar los beneficios, las diferencias y las características

⁹⁹ Jaime Rall, James B. Reed, y Nicholas J. Farber. *Public-Private Partnerships for Transportation. A toolkit for legislators*, p. 4 <http://www.ncsl.org/documents/transportation/ppptoolkit.pdf> (acceso: 22/10/2014).

de cada uno de ellos. A continuación analizaremos las distintas modalidades mencionadas la Conferencia Nacional de Legislaturas Estatales (las modalidades mencionadas anteriormente en el cuadro).

2.2.1.1.1. Contrato B.O.O. (Build-Own-Operate)

La mayoría de la doctrina concuerda que el contrato “Build-Own-Operate” (en adelante “BOO”) no es una modalidad contractual que encaje dentro de la definición de PPP’s ya que no existe técnicamente una participación del ámbito público, debido a que consiste en que el sector privado financia, construye, obtiene el dominio y opera un bien o servicio a perpetuidad¹⁰⁰. Es decir, el sector privado asume todo el rol de la operación., por lo que existen ciertos factores a considerar cuando se analiza este tipo de contrato.

Con este contrato el sector privado obtiene el derecho a desarrollar, financiar, construir y operar un servicio o proyecto. El sector privado asume todo el riesgo asociado a los ingresos, y retiene cualquier excedente de ingreso que resulta de las operaciones. A menudo, el sector público se compromete bajo contrato a comprar los servicios que provee el sector privado, a un precio acordado y durante un periodo de tiempo.

Esta fórmula se utiliza generalmente en los sectores de telecomunicaciones y energías. Puede servir como ejemplo la central de gas Adapazai- 770MW, en Turquía.¹⁰¹

2.2.1.1.2. Contrato B.B.O. (Buy-Build-Operate)

El contrato “Buy-Build-Operate” (en adelante BBO) tiene características parecidas al contrato BOO mencionado anteriormente. En este sentido, podemos tomar en consideración que es un contrato que se acerca a la privatización en ciertos términos. El contrato BBO consiste en la transferencia de un activo por parte del Estado a una sociedad privada o de economía mixta bajo la modalidad contractual de que dichos activos deben mejorarse y operados por un tiempo determinado¹⁰². Esta forma contractual generalmente es la rehabilitación de un activo, como por ejemplo edificios.

In the UK and Australia, government sells heritage buildings with conservation

¹⁰⁰ The Canadian Council for Public-Private Partnerships. *Models of Public-Private Partnerships*. <http://www.pppcouncil.ca/resources/about-ppp/models.html> (acceso 25/10/2014).

¹⁰¹ Eduardo Ramos Redondo. *El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado*. 1era. ed. Madrid: Imprenta Ministerio de Defensa, 2010, p. 19.

¹⁰² Susan Macdonald y Caroline Cheong. *The Role of Public-Private Partnerships and the Third Sector in Conserving Heritage Buildings, Sites, and Historic Urban Areas*. 1era. ed. Los Angeles, Gail Ostergren, 2014, p. 18.

requirements that obligate the owner to uphold its defining characteristics. Government may place the structure on a local or national heritage list so that the state can intervene if standards are not upheld.¹⁰³

2.2.1.1.3. Contrato B.O.T./B.O.O.T. (Build-Operate-Transfer/Build-Own Operate-Transfer)

Después de analizar dos contratos que tienden casi a las privatizaciones, el contrato “Build-Operate-Transfer” (en adelante BOT) o el contrato “Build-Own-Operate-Transfer” (en adelante BOOT) son una aproximación a la definición de asociaciones y convenios público privados o PPP’s en rasgos generales. El contrato BOT es aquel en el que una entidad del sector privado, construye y opera un activo por un tiempo determinado y luego transfiere la propiedad al Estado.

De conformidad con la Cátedra económico – financiera del Centro PwC & IE del Sector Público, realizado por Gayle Allard y Amanda Trabant, definen al contrato BOT de la siguiente manera:

Con un contrato BOT, el sector privado construye, financia y opera el activo, y después de un período de tiempo prefijado (típicamente entre 25 y 40 años), transfiere la propiedad al gobierno. Esta fórmula se ha utilizado con más frecuencia para carreteras y autopistas, puentes, sistemas de agua y alcantarillado, edificios públicos y aeropuertos.

El contrato normalmente involucra a cinco grupos claves de participantes: el principal que es el gobierno, el concesionario, los inversores, los contratistas y los operadores. El retorno a la inversión para que los que financian el proyecto se calcula en base a los ingresos generados durante la fase de operación del proyecto.

El modelo BOT no es nuevo. Una de las primeras veces que se utilizó fue para financiar el canal de Suez. Ejemplos más recientes incluyen el túnel (Chunnel) entre el Reino Unido y Francia, el proyecto de agua Izmit en Turquía, el estadio olímpico en Australia, el proyecto de agua Dakar en Senegal o el monovía (Monorraíl) de Las Vegas, en los Estados Unidos.¹⁰⁴

Dentro de la gama de los contratos público privados, especialmente dentro de los BOT, existen distintos tipos de contratos muy similares al BOT, pero con ciertos factores que se pueden distinguir, como el contrato “Build-Own-Operate-Transfer” (en adelante BOOT) o conocido en Reino Unido como “Develop-Build-Finance-Operate”.

¹⁰³ *Ibid.* Traducción libre: En el Reino Unido y Australia, el gobierno vende edificios patrimoniales con los requisitos de conservación que obliga al propietario a mantener sus características definitorias. Gobierno puede colocar la estructura en una lista del patrimonio local o nacional para que el Estado puede intervenir si las normas no se respetan.

¹⁰⁴ Gayle Allard y Amanda Trabant. La tercera vía: en la frontera entre público y privado, pp. 14-15 <https://www.pwc.es/en/crecimiento-inteligente/assets/tercera-via.pdf> (acceso: 5/11/2014).

El contrato BOOT es similar al BOT “pero con la diferencia de que lo construido pasa a ser propiedad del sector privado que lo explota hasta el momento en que revierte, lo que se traduce en una mayor garantía para dicho consorcio”.¹⁰⁵

A diferencia del BOT, el contrato BOOT es aquel en el que el operador privado construye, opera en propiedad y transfiere pero con la diferencia de que a cambio de explotar y mantener el bien o servicio del Estado, el operador privado tiene derecho a cobrar por ello a los usuarios.

El operador privado se compromete a financiar, construir, explotar y mantener una infraestructura, a cambio del derecho a cobrar por ello a los usuarios. En virtud de este acuerdo, la entidad privada es propietaria de las instalaciones y los bienes hasta el final de la concesión. Puede estar sujeta a restricciones legales sobre su gestión o sobre las tarifas a cobrar.¹⁰⁶

Uno de los elementos más importantes que vale la pena comentar tiene que ver con la transferencia como parte de los contratos B.O.T., B.O.O.T., y de los demás contratos. De conformidad a la legislación ecuatoriana, una vez que el sector privado construyó y opero el activo como parte del contrato PPP, éste deberá transferir el activo a la Administración Pública. Generalmente, cuando existe una transferencia de activo a la Administración Pública, en el propio contrato de concesión, se debe establecer el procedimiento a seguir para la transferencia de dicho activo, una vez que la concesión finaliza. Una de las modalidades PPP puede ser mediante “concesión entre el sector privado (empresas, asociaciones, etc.) y el sector público (gobierno nacional, regional, municipal) para la provisión de un servicio o bien público que exige la participación financiera del Estado [...]”.¹⁰⁷

Construir, operar y transferir. La empresa desarrolladora es responsable de la planeación, ingeniería, construcción y operación del proyecto de infraestructura durante el periodo del contrato. Al término de la concesión, la propiedad del bien o servicio se transfiere a una entidad estatal o federal.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Borja Colón de Carvajal Fibla. “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Una aproximación a su verdadera utilidad”. Revista Contratación Administrativa Práctica No. 85, (2010), p. 2.

¹⁰⁶ Eduardo Ramos Redondo. El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado. *Óp. cit.*, p. 20.

¹⁰⁷ ProInversión. *Las Asociaciones Público Privadas en el Perú*. http://www.minsa.gob.pe/ogpp/app/doc_complementarios/Asociaciones%20Publico%20Privadas%20en%20Peru.pdf (acceso: 2/1/2015).

¹⁰⁸ Adriana Reyes. Infraestructura en los Estados. <http://www.imcyc.com/cyt/diciembre02/estados.htm> (acceso: 2/1/2015).

2.2.1.1.4. Contrato B.T.O. (Build-Transfer-Operate)

El contrato “Build-Transfer-Operate” (en adelante BTO) es muy parecido al contrato BOT, sin embargo, el orden de las operaciones cambia. En Reino Unido, el contrato BTO es conocido también “Design-Build-Operate” o DBO. Al igual que en el BOT, en el contrato BTO el operador privado construye o trabaja en el bien o servicio del Estado, sin embargo, a diferencia con el BOT, el BTO implica que una vez que se haya construido (generalmente en temas de manejo y tratamiento de agua) el proyecto, el dominio pasa a ser del Estado, pero el ente privado continua operando el proyecto por un tiempo determinado.¹⁰⁹

Se trata de un sistema similar al BOT, pero en este caso las instalaciones para la prestación de servicio pasan a ser propiedad de la Administración contratante, inmediatamente después de finalizar su construcción por el operador privado. Éste tendrá derecho a explotarlas durante un cierto período, en virtud de un acuerdo de arrendamiento a largo plazo que deberá concederle la Administración pública, al final del cual ésta debe decidir entre explotar el proyecto directamente o volver a arrendarlo a un operador privado, que ahora no tiene por qué ser la misma entidad que inicialmente lo desarrolló.¹¹⁰

2.2.1.1.5. Contrato L.B.O. (Lease-Build-Operate)

Uno de los contratos de asociación público privado es el contrato “Lease-Build-Operate” (en adelante LBO). Dicho contrato consiste en que un operador privado es adjudicado con un contrato de arrendamiento a largo plazo de un bien por parte del Estado con la finalidad de operar bajo figura de “concesión” con el propósito de expandir o rehabilitarlo con su propio dinero.¹¹¹ A cambio, el operador privado puede cobrar regalías u honorarios por dicho trabajo. Finalmente, cabe mencionar que nunca existe una transferencia de dominio del sector público al sector privado, simplemente es un contrato de arrendamiento.

2.2.1.1.6. Contrato D.B.F.O. (Design-Build-Finance-Operate)

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ Zhirong Zhao, Emily Saunoi-Sandgren y Avital Bernea. *Advancing Public Interest in Public-Private Partnership of State Highway Development*. http://www.pwfinance.net/document/research_reports/Research%20Misc%20Advancing.pdf (acceso: 15/11/2014).

El contrato “Design-Build-Finance-Operate” (en adelante DBFO) es muy similar al contrato BOT, pero tienen distintas peculiaridades ya que el operador privado debe emplear el diseño del proyecto también. En el contrato DBFO la “propiedad de los activos permanece en todo momento en manos de la Administración Pública, remunerando ésta al consorcio privado encargado de explotar el proyecto a través de la modalidad de peaje sombra.”¹¹²

Este mecanismo, cuyo nombre se acuñó en Reino Unido dentro de la *Private Finance Initiative* (PFI), es muy parecido al mecanismo BOT, con la diferencia de que en este caso el sector privado asume un papel mucho más importante en el diseño del proyecto. La propiedad de los activos permanece en todo momento en manos de la administración pública, por lo que ésta debe remunerar al consorcio privado encargado de explotar el proyecto, habitualmente, a través de la modalidad de peaje sombra.¹¹³

Como se menciona anteriormente, dentro de la modalidad contractual DBFO, puede existir un mecanismo parte de dicha modalidad que se denomina “Peaje Sombra”.

Dicho mecanismo consiste en la gestión indirecta de una infraestructura –en el caso de España materializada generalmente sobre la base de un contrato de concesión de obra pública- por la que se transfiere a un consorcio privado el proyecto, construcción, conservación y explotación de una infraestructura durante un plazo fijado contractualmente, de modo que la remuneración del concesionario no provenga de los usuarios sino de la administración correspondiente que subvenciona a los usuarios.¹¹⁴

De conformidad a lo expuesto, la modalidad “Peaje Sombra” es una modalidad prácticamente igual al contrato DBFO. Esta modalidad ha sido utilizada, especialmente en España, por más de 20 años. “Desde 1998, se ha venido utilizando con asiduidad el peaje sombra en España para la financiación, construcción y mantenimiento de carreteras, especialmente por las Comunidades Autónomas.”¹¹⁵

2.2.1.1.7. Contrato D.B.F. (Design-Build-Finance)

¹¹² Borja Colón de Carvajal Fibla. “El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Una aproximación a su verdadera utilidad”. *Óp. cit.*, pp. 2-3.

¹¹³ José Manuel Vasallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. 1era. ed. CAF, 2010, p. 131.

¹¹⁴ José Manuel Vasallo Magro y Pablo Pérez de Villar Cruz. “Diez años de peaje sombra en España”. *Revista de Obras Públicas No. 3.506* (2010), p. 19.

¹¹⁵ *Ibíd.*

El contrato “Design-Build-Finance” (en adelante DBF) es una modalidad contractual en el que el contratista es pagado siempre y cuando el diseño y la construcción del bien este completo, y se transfiere el dominio al Estado.¹¹⁶ El elemento mas importante de ésta modalidad contractual es el hecho de que el contratista o la entidad privada tiene que asumir una gran parte (o el todo) del financiamiento de la construcción. La razón por la que la entidad pública opta por esta modalidad es por la posibilidad de diferir el pago en vez de enfrentarse a costos en una etapa inicial o el evento de que no haya el capital necesario para la construcción.¹¹⁷

In 2010, the North Carolina Department of Transportation entered into its first DBF structure in 2010 with respect to a \$139.5 million project for the construction of an eight-lane freeway from a state to an interstate highway. The private design builder, Blythe Construction Inc., agreed to complete construction over four and a half years but to receive its compensation according to a five-and-a-half-year payment Schedule, to be funded by future state assembly appropriations.¹¹⁸

2.2.1.1.8. Contrato D.B.O.M. (Design-Build-Operate-Maintain)

El contrato “Design-Build-Operate-Maintain” (en adelante DBOM) es una modalidad de PPP en el que el contratista privado es responsable por el diseño y la construcción de un bien, así como también de las operaciones y el mantenimiento de dicho bien por un determinado periodo de tiempo.¹¹⁹ Uno de los beneficios de ésta modalidad contractual es que se incentiva al contratista privado a que el producto final sea de alta calidad para evitar un alto costo de mantenimiento en la fase de operaciones.¹²⁰

A DBOM contractor effectively assumes the risk that it will comply with the

¹¹⁶ David Gerecke. Project Finance, P3s, Bundling and Joint-Use Projects. <http://www.municipalinfrastructureconference.ca/wp-content/uploads/PDFS/D2/GD2.pdf> (acceso: 29/11/2014)

¹¹⁷ The United States Chamber of Commerce. *From International to Interstates: Assessing the opportunity for Chinese Participation in U.S. Infrastructure.* https://www.uschamber.com/sites/default/files/legacy/reports/ChinaInfrastructure_Final.pdf (acceso: 29/11/2014).

¹¹⁸ *Ibid.* Traducción libre: En 2010, el Departamento de Transporte de Carolina del Norte entró en su primera estructura DBF en 2010 con respecto a un proyecto de \$ 139.5 millones para la construcción de una autopista de ocho carriles de un estado de una carretera interestatal. El constructor diseño privado, Blythe Construction Inc., estuvo de acuerdo para completar la construcción de más de cuatro años y medio, pero para recibir su compensación de acuerdo con un plan de pagos de cinco años y medio de duración, que será financiado por futuros créditos asamblea estatal

¹¹⁹ Jaime Rall, James B. Reed, y Nicholas J. Farber. *Public-Private Partnerships for Transportation. A toolkit for legislators*, p. 35 <http://www.ncsl.org/documents/transportation/ppptoolkit.pdf> (acceso: 22/11/2014).

¹²⁰ *Ibid.*

public sponsor's performance specifications, deliver the project on time and on Budget, and ensure the quality of construction and the performance of maintenance and rehabilitation throughout the operating phase.¹²¹

2.2.1.1.9. Contrato D.B. (Design-Build)

La modalidad de contrato "Design-Build" sigue siendo una modalidad PPP, sin embargo, pero la participación del sector privado es mucho menor que cualquier de las modalidades anteriores. Esta modalidad no es una concesión sino que es una "estrategia de entrega de infraestructura tradicional y segmentada donde el gobierno provee la planificación, diseño, financiamiento, mantenimiento y operación, y el sector privado provee el diseño y construcción detallados".¹²²

En esta modalidad, "Se otorga libertad al sector privado para diseñar y definir el proceso de construcción, contratándose outputs o resultados. Fue el primer paso hacia el concepto de partnership en bienes y servicios en EEUU."¹²³

When Design-Build (DB) is selected, you contract with a DB team, which is often a joint venture of a general contractor and a designer. Usually general contractors are the lead members of this team. The team designs the facility based on discussions with you about the needed functionality of your new building. At an early point in the process, the DB team will negotiate a fixed price contract to complete the design and construction of the facility. Once you approve the design, the design-build team is then responsible for construction of the project and for the coordination between design and construction.¹²⁴

¹²¹ Edward Fishman y James B. McDaniel. Major legal issues for highway public-private partnerships. http://www.pwfinance.net/document/research_reports/Research%20Legal%20NCHRP.pdf (acceso 22/11/2014). Traducción libre: Un contratista DBOM asume efectivamente el riesgo de que cumplirá con las especificaciones de rendimiento del patrocinador público, entregar el proyecto a tiempo y dentro del presupuesto, y garantizar la calidad de la construcción y la realización de mantenimiento y rehabilitación en toda la fase de funcionamiento

¹²² Christopher Zegras. "Participación del sector privado en la provisión de infraestructura de transporte urbano". División 44, Medio ambiente e Infraestructura, (2006), p. 3.

¹²³ Adolfo Fuertes Fernández. "Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructura y servicios". Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras (2007), p. 32.

¹²⁴ Tyson Building Corporation. *Design-Build, Design-Bid-Build and Contract Management How to select the one that is right for you.* <http://www.tysonbuilding.com/images/SelectingProjectDelivery.pdf> (acceso 23/11/2014). Traducción libre: Cuando se selecciona Diseño y Construcción (DB), que contrate con un equipo de DB, que a menudo es una empresa conjunta de un contratista general y un diseñador. Por lo general, los contratistas generales son los miembros principales de este equipo. El equipo diseña la instalación basada en conversaciones con usted acerca de la funcionalidad necesaria de su nuevo edificio. En un punto al inicio del proceso, el equipo de DB negociará un contrato de precio fijo para completar el diseño y la construcción de la instalación. Una vez que se apruebe el diseño, el equipo de diseño y construcción es el responsable de la construcción del proyecto y de la coordinación entre el diseño y la construcción

2.2.1.1.10. Contrato de O&M (Operación y Mantenimiento).

Los contratos de Operación y Mantenimiento están en la línea en que algunos los consideran como contratos bajo la modalidad PPP y otros que consideran que no. El contrato de operación y mantenimiento consiste en que la entidad privada, opera públicamente un activo por un tiempo determinado.¹²⁵ Sin embargo, dentro de esta modalidad, el dominio del activo permanece en el sector público.

Al igual que en los contratos B.O.T. y B.O.O.T., el “mantenimiento” dentro del contrato O&M es tratado bajo la legislación ecuatoriana como concesión. Es importante tomar en cuenta que el mantenimiento dentro de un contrato PPP es el efecto que la concesión otorga al Estado como uno de los resultados.

A diferencia de la mayoría de los contratos administrativos, las concesiones están enfocadas en los outputs (resultados), como por ejemplo, la entrega del servicio en conformidad con los estándares de performance. Hay un menor enfoque en los inputs (en cómo se hará), como por ejemplo, se deja a discreción del proveedor cómo hará para alcanzar los estándares de performance acordados, aunque habrá ciertos requisitos correspondientes a la frecuencia de la renovación de activos y a consultarle a la autoridad adjudicataria o al regulador acerca de los puntos claves tales como el mantenimiento o la renovación de los activos, el incremento de su capacidad y el reemplazo del activo [...].¹²⁶

2.2.1.1.11. Contrato de DBB (Design-Bid-Build)

La modalidad DBB es una forma tradicional en la que el diseño y la construcción de un bien son temas separados, pero paralelos. Hay que tomar en consideración que el tema financiero es esencial para marcar los tiempos del proyecto. El Departamento de Transporte, la Administración Federal de Carreteras de los Estados Unidos, en su Guía para la Implementación de Asociaciones Público Privadas para transporte y proyectos de Infraestructura en los Estados Unidos, en el año 2007, considera lo siguiente en cuanto a la modalidad DBB

Under a DBB contract, the project sponsor, not the construction contractor, is

¹²⁵ United Nations Economic Commission for Europe. Guidebook on promoting Good Governance in Public-Private Partnerships. <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf> (acceso: 23/11/2014).

¹²⁶ World Bank Group. Concesión, Proyectos de Construcción-Operación-Traspaso (BOT), Proyectos de Diseño-Operación-Construcción (DBO). <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/acuerdos/concesion-construccion-operacion-traspaso> (acceso: 15/01/2015).

solely responsible for the financing, operation, and maintenance of the facility and assumes all design risks. The DBB selection process is based on negotiated terms with the most qualified firm for the design phase while the award of the construction contract is typically based on the lowest responsible bid price.¹²⁷

El elemento más importante de esta modalidad contractual es que la doctrina aun continua en debate en cuanto a si es o no un contrato PPP. De conformidad con el cuadro de la Conferencia Nacional de Legislaturas Estatales (*The National Conference of State Legislatures*), podemos observar que en el cuadro está muy claro que dicha modalidad contractual no es una PPP, y dice lo siguiente:

Design-bid-build (DBB) is the traditional procurement approach for transportation projects in the United States, in which the design and construction of a facility are sequential steps in the project development process and each activity is bid separately. This is not a PPP.¹²⁸

De la misma manera, el citado Departamento de Transporte, la Administración Federal de Carreteras, en su Guía para la Implementación de Asociaciones Publico Privadas para transporte y proyectos de Infraestructura en los Estados Unidos, en el año 2007, considera que la modalidad DBB es bastante tradicional, y por consiguiente se ha desarrollado las distintas gamas de PPP's para evitar proyectos DBB; y dice lo siguiente:

To address the inflexibility and other shortcomings of the traditional DBB project delivery approach, a number of alternative project delivery approaches have evolved over the past two decades. These alternative approaches assigned ever-increasing roles, responsibilities, and risks to private sector teams able to develop and possibly finance the project. This has helped to expedite project delivery and lower project costs through the use of best practices and avoiding the effects of inflation on the cost of project materials. These alternative project delivery approaches are part of the group of contractual relationships referred to as public-private partnerships (PPPs).¹²⁹

¹²⁷ U.S. Department of Transportation. User Guidebook on Implementing Public-Private Partnerships for Transportation Infrastructure Projects in the United States. http://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/ppp_user_guidebook_final_7-7-07.pdf (acceso: 23/11/2014). Traducción libre: En virtud de un contrato de DBB, el patrocinador del proyecto, no el contratista de la construcción, es el único responsable de la financiación, operación y mantenimiento de las instalaciones y asume todos los riesgos de diseño. El proceso de selección DBB se basa en los términos negociados con la empresa más calificada para la fase de diseño, mientras que la adjudicación del contrato de construcción se basa normalmente en el precio más bajo oferta responsable.

¹²⁸ Jaime Rall, James B. Reed, y Nicholas J. Farber. *Public-Private Partnerships for Transportation. A toolkit for legislators. Óp. cit.*, p. 34. Traducción libre: Diseño-licitación-construcción (DBB) es el enfoque tradicional de compras para proyectos de transporte en los Estados Unidos, en los que el diseño y la construcción de una instalación son los pasos secuenciales en el proceso de desarrollo del proyecto y cada actividad se licitan por separado. Esto no es un PPP.

¹²⁹ U.S. Department of Transportation. User Guidebook on Implementing Public-Private Partnerships for Transportation Infrastructure Projects in the United States, p. 12

Después de haber analizado la mayoría de los tipos de PPP's que existen, debemos tomar en consideración que existen ciertas modalidades contractuales que pueden tener cierta similitud con las PPP's. Debido a esto, procederemos a analizar las similitudes y diferencias que existen entre las PPP's y los distintos tipos de contratos que pueden tener alguna similitud y sus diferencias con las PPP's.

2.2.1.2. Diferencias entre PPP's y el Contrato de Concesión.

Dentro del concepto y la utilización de los PPP's puramente contractuales, se utiliza distintos modelos para emprender los proyectos. Uno de esos modelos es el de concesión. Podemos encontrar una aproximación de definición de la "concesión" en el Derecho Administrativo de Efraín Pérez:

La concesión otorga a un particular derechos y obligaciones, generalmente mediante un contrato, para la prestación de servicios, para ejecución de obras o aprovechamiento del dominio público, que corresponden naturalmente al Estado, en general atribuidos por la Constitución, para que los desempeñe el ciudadano en las condiciones estipuladas, aunque existen concesiones determinadas que se atribuyen por acto administrativo, es decir por decisión unilateral del órgano público.¹³⁰

La concesión, como la transferencia de una atribución o poder que le corresponde enteramente a la Administración Pública a un sujeto del ámbito privado, se realiza tanto a través de un acto administrativo, como de un contrato.

Es importante analizar si existe alguna diferencia entre el contrato de colaboración (PPP) y las concesiones, ya que como hemos visto anteriormente, la concesión es parte de un contrato de colaboración en sentido estricto. De conformidad con el Dr. Alberto Valdivieso Cañas, "la única peculiaridad diferenciadora del contrato de colaboración con una concesión basada en una retribución pactada sería la referida al reparto de

http://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/ppp_user_guidebook_final_7-7-07.pdf (acceso 23/11/2014). Traducción libre: Para hacer frente a la falta de flexibilidad y otras deficiencias del enfoque tradicional de la entrega del proyecto DBB, una serie de enfoques de entrega de proyectos alternativos han evolucionado durante las últimas dos décadas. Estos enfoques alternativos asignados los roles, responsabilidades y riesgos cada vez mayores a los equipos del sector privado capaces de desarrollar y posiblemente financiar el proyecto. Esto ha ayudado a acelerar la ejecución de proyectos y reducir los costos del proyecto mediante el uso de las mejores prácticas y evitar los efectos de la inflación en el costo de los materiales del proyecto. Estos enfoques de entrega de proyectos alternativos son parte del grupo de las relaciones contractuales que se refiere a las asociaciones como público-privadas (APP).

¹³⁰ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo, Vol. I. Óp. cit.*, p. 205.

riesgo que podría formularse de manera más abierta en el contrato de colaboración.”¹³¹ Esto quiere decir que, es la distribución del riesgo que se haga dentro de la negociación, la que marcará la diferencia entre un contrato de concesión estrictamente y un contrato PPP.

Adicionalmente al riesgo que las partes asumen dentro de la modalidad contractual, también hay que considerar que existen diferencias en cuanto al objeto y la remuneración del contratista de conformidad a lo que expone la Dra. Carmen Chinchilla Marín:

En mi opinión, la respuesta [en cuanto a la diferencia entre un PPP y una concesión] a esta pregunta ha de venir dada por la referencia a dos elementos de estos contratos: el objeto y la remuneración del contratista.

Por lo que respecta al objeto, si se compara el del contrato de concesión de obras públicas, [...], con el del contrato de CPP, [...], creo que la diferencia salta a la vista: el objeto del contrato de obra pública es mucho más limitado que el del contrato de CPP, ya que aunque aquél pueda comprender diversas prestaciones, todas ellas giran en torno a la obra pública (construcción en el sentido más amplio del término; restauración y reparación; conservación y mantenimiento; adecuación, reforma y modernización, y actuaciones de reposición y gran reparación).

Por lo que respecta a la remuneración del contratista [...] lo que caracteriza a la concesión y la diferencia de otras modalidades contractuales de colaboración entre el sector público y el privado es, precisamente, la existencia de explotación económica, derivada, a su vez, de la existencia de “un vínculo directo” entre el socio privado, esto es, el contratista o concesionario, y el usuario final.¹³²

El Libro Verde considera que existen ciertos elementos para que se configure una concesión y son los siguientes: a) que exista un vínculo directo entre el concesionario y el usuario o consumidor final; y b) que exista una remuneración por parte de los usuarios de la obra pública, y que se complementa con subvenciones por parte del Estado¹³³. En las otras formas de PPP’s, “la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio,

¹³¹ Alberto Valdivieso Cañas. El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de ley de contratos del sector público. http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/45_MarcoLegal.pdf (acceso: 25/11/2014).

¹³² Carmen Chinchilla Marín. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP), p. 461. http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1095/contr_publicos_17_chinchilla.pdf?sequence=1 (acceso: 27/11/2014).

¹³³ *Ibid.*

un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte)”.¹³⁴ Por consiguiente, de conformidad con el Libro Verde, existen elementos determinantes para que se configure una concesión de lo contrario, sería un contrato PPP.

El elemento determinante sería, pues, el derecho a la explotación y, a su vez, la necesidad –para que pueda hablarse de explotación– de un vínculo directo entre el contratista y el usuario de la obra sobre la que se presta un servicio o se realiza una actividad de interés general, por la cual dicho usuario paga un canon. Siguiendo los criterios del Libro verde, si se dan esas circunstancias, el contrato sería una concesión de obra pública, y si no se dan, sería un contrato de CPP.¹³⁵

La doctrinaria Carmen Chinchilla Marín, establece cuándo se debe utilizar un contrato de concesión de obra pública y cuando se debe utilizar una PPP, y considera lo siguiente, para el caso particular de las obras públicas:

[...] el contrato de concesión de obra pública es la modalidad contractual que debería utilizarse cuando se trate de construir una obra que sea susceptible de ser explotada, mientras que, por el contrario, el contrato de CPP sería la modalidad contractual a emplear cuando dicha explotación (de la obra como tal) no sea posible con carácter general, sin perjuicio de que quepa cierta explotación, bien de la obra, bien de bienes o equipos integrados o relacionados con la misma, pero que siempre sería eventual –y no necesaria, como ocurre en la concesión– y cuantitativamente inferior, pues si con dicha explotación se pudiera remunerar al concesionario, dejaría de darse el presupuesto del contrato de CPP que, según ha quedado dicho, sería que la obra en cuestión no sería susceptible de explotación.¹³⁶

2.2.1.4. Diferencia entre PPP y PFI

Private Finance Initiative (en adelante “PFI”) es muy similar a un contrato PPP, e incluso es una forma de PPP. Una aproximación al concepto de PFI es el propuesto por Steve Davies y Peter Fairbrother, que dice lo siguiente:

PFI projects are usually long-term contracts for services that include the provision of associated facilities or properties. Under the contract, the private sector entity will have responsibility for designing and constructing the building or facility and maintaining and servicing it throughout the contract term.¹³⁷

¹³⁴ Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones*, p. 9 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=ES> (acceso: 17/10/2014).

¹³⁵ Carmen Chinchilla Marín. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP). *Op. cit.*, p. 459.

¹³⁶ *Id.*, p. 461.

¹³⁷ Steve Davies y Peter Fairbrother. Private Finance Initiative (PFI) and Public Private Partnerships (PPPs): Definitions and Sources. Traducción libre: Proyectos PFI son por lo general los contratos a largo plazo para los servicios que incluyen la provisión de instalaciones o propiedades asociadas. Según el

A grandes rasgos, podríamos decir que los PPP son el género, y una de las especies es el PFI, al igual que el JV como vimos anteriormente. El PFI es una modalidad de PPP que involucra la utilización de fondos de sector privado para proyectos que generalmente son de parte del sector privado¹³⁸. Debido a que el PFI es un método empleado por Inglaterra, es equiparable a contrato DBFO mencionado anteriormente¹³⁹. Fue en la administración de Tony Blair, que el PFI tuvo su auge, especialmente, “para proyectos de inversión de una cierta dimensión en áreas de interés público diferentes de las asociadas al transporte: sanidad, educación, vivienda social, cultura, defensa, regeneración de espacios urbanos, etc.”¹⁴⁰ Cabe mencionar que a pesar de que existía inversión por parte del sector privado, se garantizaba la devolución de éste capital mediante la práctica de pagos periódicos realizados a cambio de la disposición de las infraestructuras subyacentes en buenas condiciones.¹⁴¹

Este nuevo planteamiento, que se bautizó con el nombre de Private Finance Initiative (PFI), empezó a ponerse en práctica en 1992, con el fin de potenciar una mayor colaboración entre el sector público y el sector privado para la financiación de proyectos. Con esta mayor colaboración, el Gobierno británico pretendía obtener importantes ganancias de eficiencia en la provisión de los servicios, que se materializaran en un mayor ahorro para la sociedad. Los proyectos PFI abarcan un rango muy amplio (hospitales, colegios, prisiones, transportes, defensa, entre otros).¹⁴²

De la misma manera que los PPP's, el PFI no es una forma de privatización. “Mientras que en la privatización el sector público se olvida de lo privatizado, en el PFI el sector público mantiene un papel sustancial ya que, además de ser el principal comprador de los servicios, es el principal promotor del proyecto.”¹⁴³

contrato, la entidad del sector privado tendrá la responsabilidad de diseñar y construir el edificio o instalación y mantenimiento y servicio a lo largo de la vigencia del contrato

¹³⁸ Eleanor Roy. *The Private Finance Initiative & Public Private Partnerships*, p. 1. <http://www.assembly.wales/Research%20Documents/The%20Private%20Finance%20Initiative%20and%20Public%20Private%20Partnerships%20-%20Research%20paper-30012008-73071/08-005-English.pdf> (acceso: 29/11/2014).

¹³⁹ Mustafa Alshawi. *Concept and background to public private partnership (PPP) / Private Finance Initiative (PFI) UK Experience*. <http://www.oecd.org/mena/47562550.pdf> (acceso: 28/11/2014).

¹⁴⁰ Joan Ridao i Martín. “La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión crítica del marco legal en España”. *Revista Española de Ciencia Política*, Núm. 34, (2014), p. 95.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² José Manuel Vasallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. *Óp. cit.*, p. 115.

¹⁴³ *Id.*, p. 116.

El PFI y el JV son modalidades contractuales que engloban en general a las PPP's. Sin embargo, el PFI, al igual que el JV, tienen ciertas distinciones con los PPP's por la modalidad de aplicación y por todos los efectos jurídicos que despliegan. Una de las principales diferencias entre las PPP's y el PFI es en cuanto al rol que tiene o asume la participación pública en una PPP, compartiendo y asumiendo inversión de capital y colaboración.¹⁴⁴ Sin embargo, ciertos doctrinarios coinciden en dos diferencias fundamentales, que son las siguientes:

Is there a difference between PPP and PFI? Some people treat them as synonymous. The generally agreed distinction is as follows:

- PFI is a subset of PPP and are projects financed by the private sector.
- PPP is all projects involving a collaboration between the public and private sector. The United Kingdom's treasury has issued a directive that all projects undertaken by government departments must be done either as PFI, prime contracting, or design and build, unless special dispensation is given. PFI and prime contracting are both PPP, but prime contracting is paid for by government funds. In the United Kingdom, design and build is treated as neither PFI nor PPP.¹⁴⁵

Después de haber mencionado las diferencias entre el PFI y las PPP's, creo que podemos resumir que las diferencias más importante entre el uno y el otro tienen que ver con la duración de cada uno de los contratos y que generalmente los PFI son utilizados para proyectos intensivos de capital.¹⁴⁶

2.2.2. PPP's Institucionales.

Las PPP's institucionales, a diferencia de las PPP's contractuales, implican la creación de una persona jurídica distinta de sus partícipes, tomando en cuenta que necesariamente uno de éstos partícipes debe ser una entidad pública. Esta entidad "tiene como misión garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de

¹⁴⁴ Espen Solheim-Kile *et al.* Characteristics of Public-Private Partnerships in Norway, p.234. <http://iglc.net/Papers/Details/987/pdf>. (acceso: 30/11/2014).

¹⁴⁵ Peter Morris y Jeffrey K. Pinto. *The Wiley Guide to Project, Program, and Portfolio Management*. 1era. ed. Nueva Jersey, John Wiley & Sons, Inc., 2007, p. 301. Traducción libre: ¿Hay alguna diferencia entre PPP y PFI? Algunas personas los tratan como sinónimos. La distinción generalmente aceptada es la siguiente:

- PFI es un subconjunto del PPP y son los proyectos financiados por el sector privado.
- PPP es todos los proyectos que implican una colaboración entre el sector público y privado. Tesoro del Reino Unido ha emitido una directiva que todos los proyectos llevados a cabo por los departamentos gubernamentales deben hacerse ya sea como PFI, contratista principal, o el diseño y construir, a menos que se dispensa especial. PFI y contratistas principales son tanto PPP, pero contratista principal es pagado con fondos del gobierno. En el Reino Unido, el diseño y construcción se trata como tampoco PFI ni PPP

¹⁴⁶ Charter Institute of Procurement & Supply. *Private Finance Initiatives (PFI)*. <https://cips.org/Documents/Resources/Knowledge%20Summary/Private%20Finance%20Initiatives.pdf> (acceso: 1/12/2014).

beneficio público.”¹⁴⁷ Una de las ventajas más importantes que brinda una PPP institucional es el rol que tiene la entidad pública, especialmente en temas de control y administración.

La cooperación directa entre los socios público y privado en una entidad con personalidad jurídica permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común. Asimismo, permite al socio público desarrollar su experiencia propia en materia de explotación del servicio en cuestión, al tiempo que recurre a la ayuda de un socio privado.¹⁴⁸

Existen tres alternativas para PPP's institucionales, por un lado “a través de la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, los sectores público y privado o bien a través de la toma del control de una empresa pública existente por parte del sector privado.”¹⁴⁹ Finalmente, la tercera opción es mediante un Joint Venture como modalidad contractual en la que el sector público y el sector privado crean un entidad distinta a éstas para emprender el proyecto.

Por otro lado existe la posibilidad de la “formación de una empresa de propiedad conjunta (*joint venture*), el Estado puede aportar ciertos activos que sean imprescindibles para el desarrollo del negocio.”¹⁵⁰

Bajo un acuerdo del tipo empresa de propiedad conjunta, los socios del sector público y privado pueden invertir en una empresa nueva o asumir la propiedad conjunta de una empresa existente (por ejemplo, el sector público vende al sector privado acciones de una empresa municipal que presta servicios en las áreas de agua o manejo de residuos). En cualquiera de los casos, es fundamental que la empresa sea independiente de la entidad pública local. A menudo, las empresas de propiedad conjunta se usan en combinación con otros tipos de asociaciones público-privadas. Por ejemplo, el gobierno puede entregar un contrato de servicio, un contrato de construcción, operación y transferencia, o una concesión a la empresa de capital mixto recientemente establecida, para la prestación de servicios de infraestructura.

2.2.2.1. Empresas de Economía Mixta

¹⁴⁷ Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones*, p. 19. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=ES> (acceso: 17/10/2014).

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ Patricio Rozas Balbontín, José Luis Bonifaz y Gustavo Guerra-García. *El financiamiento de la Infraestructura. Propuestas para el Desarrollo Sostenible de una Política Sectorial*. 1era. ed. Santiago de Chile, 2011, p. 130.

El doctrinario Agustín Gordillo, sobre la vas de la legislación argentina, define a las sociedades de Economía Mixta “[...] como aquellas formadas por el Estado nacional, o las provincias o entidades autárquicas, con “capitales privados,” lo que es inexacto, pues la asociación es entre personas y no entre capitales.”¹⁵¹

Por su parte, Roberto Dromi define a las sociedades de economía mixta de la siguiente forma:

La sociedad de economía mixta es la que forman el Estado y los particulares (personas físicas, jurídicas privadas o personas jurídicas públicas no estatales), para la explotación de actividades industriales o comerciales, servicios públicos u otra actividad de interés general y cuya administración se realiza mediante un órgano colegiado en el que están representadas las dos categorías de socios.¹⁵²

En el Ecuador, Efraín Pérez también considera a las sociedades de economía mixta de la siguiente manera:

También existen empresas cuyos capitales pertenecen al Estado, pero que están sometidas al régimen de derecho privado establecido en la Ley de Compañías, sea como Compañías Anónimas de capitales públicos exclusivamente, como compañías anónimas de participación mayoritaria estatal o, finalmente, como Compañías de Economía Mixta o compañías mixta. Esta clase de empresas no se deben considerar propiamente como “empresas públicas”, porque si bien su capital es público -o mixto- en cambio no están sometidas al derecho público sino al derecho privado. Su denominación apropiada es: “compañías anónimas de capitales públicos” y “compañías de economía mixta” o simplemente “compañías mixtas”. La denominación genérica para estas compañías y para las empresas públicas es de: “empresas estatales”.

Cabe mencionar que en el caso de las sociedades de economía mixta en el Ecuador, éstas se rigen fundamentalmente por la Ley de Compañías, el Código de Comercio, el Código Civil y demás. Esto no quiere decir que las sociedades de economía mixta no estén sujetas al control de la Contraloría General del Estado.¹⁵³

Una de las modalidades para las PPP's es mediante la creación de empresas de economía mixta. Sin embargo, también se puede obtener esta especie de sociedad mediante la toma de control de una empresa pública por parte del sector privado. El

¹⁵¹ Agustín Gordillo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 9, 1ª edición. Buenos Aires, 2014, p. 10.

¹⁵² Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 482.

¹⁵³ Efraín Pérez Camacho. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 94.

doctrinario Miguel Ángel Bernal coincide en que la adquisición o la toma de control de una empresa pública es un mecanismo de PPP de tipo institucionalizado.

Este modelo de cooperación acoge en su seno dos variantes, según el modo en que se vaya a instrumentar la colaboración: bien a través de la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, los sectores público y privado, o bien a través de la toma del control de una empresa pública existente por parte del sector privado.¹⁵⁴

2.2.2.2. Joint Venture

El contrato de Joint Venture (en adelante simplemente como “JV”) es una modalidad contractual que proviene del Derecho anglosajón pero que también es utilizado en el Ecuador. Los contratos Joint Venture son “proyectos conjuntos entre los sectores público y privado en los que el coste de la inversión no puede recuperarse mediante cánones, y el Estado debe subsidiar parte del mismo compensando al privado de los beneficios sociales que existan.”¹⁵⁵ Los elementos del Joint Venture son:

- Una contribución hecha por las partes (consistente en dinero, propiedad, esfuerzo, 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 alguna índoles;
- El derecho a participar en los beneficios;
- La limitación del objeto a un solo cometido;
- Generalmente se comparten las pérdidas.¹⁵⁶

El contrato de *Joint Venture* o la modalidad de “empresas conjuntas” o “empresas de propiedad conjunta” son proyectos donde el sector público y el sector privado contribuyen para formar una empresa público privada independiente de las partes, en la que ambos asumen la propiedad, administración, activos y pasivos, entre otros para emprender un proyecto determinado. “Por ejemplo, el gobierno puede entregar un contrato de servicio, un contrato de construcción, operación y transferencia, o una

¹⁵⁴ Miguel Ángel Bernal Blay. *La colaboración público privada institucional*. http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonAdministracionPublica/Documentos/docs/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Numero_37/04_Bernal.pdf (acceso: 4/02/2015).

¹⁵⁵ Adolfo Fuertes Fernández. “Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructura y servicios”. *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras* (2007), p. 28.

¹⁵⁶ Vianna Maino. *Mecanismo de Asociación Público-Privado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010, p. 17.

concesión a la empresa de capital mixto recientemente establecida, para la prestación de servicios de infraestructura.”¹⁵⁷

Bajo el modelo de asociación público-privada que representan las empresas de propiedad conjunta, tanto los socios del sector público como los del sector privado deben contribuir con el costo de los estudios de factibilidad del proyecto desde el inicio y estar preparados para invertir en la nueva empresa cuando se forme. Las asociaciones público privadas de capital mixto requieren que ambas partes acepten la idea de riesgo y ganancia compartida. En otras palabras, cada uno debe hacer contribuciones cuantificables a lo largo del proyecto y del proceso de implementación. Lo óptimo es que la empresa sea financieramente independiente, pero, de ser necesario, el gobierno puede proporcionar subsidios a la empresa o a sus usuarios.

Como podemos apreciar, la modalidad de Joint Venture brinda muchas fortalezas y características que se adecuan a las PPP's. La doctrina ha determinado que las empresas de propiedad conjunta o de participación conjunta tienen las siguientes fortalezas o ventajas:

- Combinan las ventajas del sector privado (dinamismo, acceso a financiamiento, conocimiento de tecnologías, eficiencia gerencial, espíritu empresarial) con la responsabilidad social, la conciencia ambiental, el conocimiento local y la preocupación por la generación de empleo del sector público.
- En una empresa de propiedad conjunta, tanto los socios del sector público como los del sector privado han invertido en la empresa, por lo que ambos tienen gran interés en que la fusión tenga éxito. A menudo, esto permite manejar mejor los conflictos.
- La responsabilidad total por las inversiones y operaciones da a los socios del sector público y privado un gran incentivo para tomar decisiones eficientes y desarrollar soluciones tecnológicas, ya que cualquier ganancia en eficiencia aumentará directamente sus utilidades y permitirá una mayor expansión de los servicios.
- La participación de los socios del sector público y privado desde el inicio permite una mayor innovación y flexibilidad en la planificación del proyecto y ayuda a garantizar que tanto los socios públicos como los privados optimicen sus metas.
- La inversión temprana por parte de los socios del sector público y privado reduce los costos de transacción asociados con los procesos de licitación más tradicionales, como, por ejemplo, los contratos de construcción, operación y transferencia, y las concesiones.¹⁵⁸

2.2.2.3. Diferencias entre PPP's y Contrato de Joint Venture.

Como hemos visto, la noción o el concepto de PPP's es bastante amplio. En este sentido, a breves rasgos se podría considerar que el contrato de Joint Venture es una PPP. Sin embargo, es importante mencionar que a pesar de que se pueda considerar al

¹⁵⁷ Patricio Rozas Balbontín, José Luis Bonifaz y Gustavo Guerra-García. *El financiamiento de la Infraestructura. Propuestas para el Desarrollo Sostenible de una Política Sectorial*. Óp. cit., p. 148.

¹⁵⁸ *Id.*, pp. 148-149.

JV como una PPP, tienen diferencias que pueden claramente marcar la diferencia.

El primer tema que debemos mencionar es que las PPP's son una especie de "Joint Venture". "El Joint Venture incluso diluye las ventajas de utilizar una PPP, ya que significa que el gobierno continúa con la carga general de los riesgos del proyecto, como la construcción y operación, riesgos que comúnmente son asumidos por la entidad privada."¹⁵⁹ A pesar de lo mencionado anteriormente, eso no quiere decir que tenga ciertas características o rasgos que lo diferencie de un PPP normal.

Un JV es una asociación entre dos o más personas, (en este caso al menos una de ellas debe ser pública), con el fin de emprender una empresa de carácter particular, con fines de lucro, y que compartan capital y *know-how*, para desarrollar un proyecto específico. La doctrina define al contrato de JV de la siguiente manera:

Dado que en la legislación actual no existe un concepto específico del término *Joint Venture*, se hace necesario acudir a la doctrina para poder determinarlo. En síntesis, puede definirse como el acuerdo entre dos o más partes que ponen en común sus recursos y colaboración para llevar a cabo una actividad comercial a través de la cual puedan obtener un beneficio mutuo, compartiendo el riesgo que conlleva toda operación empresarial en función de la estructura concreta a través de la cual acuerdan desarrollarla.¹⁶⁰

Tomando en cuenta el concepto general de Joint Venture, es importante mencionar que existe una aproximación de concepto al de PPP's mencionado anteriormente.

The JV PPP model is one of the most common models of PPP which provides a fairly balanced introduction of the market competition through a form of coordination of intrinsic advantages arising from the organisational form of a new company and the discipline and incentives embodied in the partner contracting agreement. JV PPPs are valuable tools for injecting greater efficiency in the provision of public services.¹⁶¹

¹⁵⁹ Public Private Infrastructure Advisory Facility. *PPP Basics and Principles of a PPP Framework*. <http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/Note-One-PPP-Basics-and-Principles-of-a-PPP-Framework.pdf> (acceso: 2/12/2014).

¹⁶⁰ Alberto Echarri, et al. *Joint Venture*. Madrid: FC Editorial. 2002, p.15

¹⁶¹ EUROPEAN UNION. Basic Joint Venture Model. 2013, p. 5. http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc_id=4564 (acceso: 20/12/2014). Traducción libre: El modelo de empresa conjunta PPP es uno de los modelos más comunes de PPP que proporciona una introducción bastante equilibrada de la competencia en el mercado a través de una forma de coordinación de las ventajas intrínsecas que surgen de la forma de organización de una nueva empresa y la disciplina y los incentivos incorporados en la contratación pareja acuerdo. JV PPA son herramientas valiosas para la inyección de una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Conforme ya se dijo, es muy claro que la doctrina asimila en la mayoría de casos el JV a un contrato de asociación público privada. Sin embargo, a pesar de que la doctrina asemeje el JV a un contrato PPP, si podemos identificar ciertas diferencias que existen entre uno y otro. Una de ellas es la que presentan los doctrinarios Darrin Grimsey y Mervyn Lewis, que dicen lo siguiente:

From a property point of view, it may seem that the analysis of a PPP project involves many of the same principles as a joint venture/development arrangement in an open commercial environment. Perhaps the main difference between the PPP and the various property-based public/private joint ventures that have preceded it lies in the fact that the PPP encourages participants to focus on service delivery.¹⁶²

Como se mencionó anteriormente, uno de los elementos o factores más importantes dentro de la negociación de una PPP es el elemento del riesgo. En el presente caso, el riesgo juega un factor fundamental para poder diferenciar entre un JV y una PPP.

In Alliance contracts, most risks are allocated to either the public or the private party. Risk that can be influenced by both the public and the private party are set apart and the risk premiums are deposited in an alliance fund. These risks and the fund are managed collectively. In contrast with a joint venture not all risks are part of the public-private agreement.¹⁶³

Hay que tomar en consideración que el riesgo es un elemento de la negociación del contrato, ya que financieramente, implica una posición de negociación superior debido a la responsabilidad que asume. Por consiguiente, “el riesgo debe ser asumido por la parte que tenga mejores condiciones o que resulte más apta para sobrellevarlo.”¹⁶⁴ De conformidad con los distintos modelos de PPP’s, la distribución de riesgos es uno de los elementos que ubica a la modalidad contractual cerca o lejos de lo totalmente público o de lo totalmente privado. En este sentido, “[S]i todos los riesgos fueran

¹⁶² Darin Grimsey and Mervyn Lewis. *Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*. Edward Elgar Publishing Inc: Massachusetts. 2004, p. 104 Traducción libre: “Desde el punto de vista de la propiedad, puede parecer que el análisis de un proyecto PPP implica muchos de los mismos principios que Joint Venture/Desarrollo de un entorno comercial abierto. Tal vez la principal diferencia entre el PPP y los diversos Joint Ventures públicos / privados radican en el hecho de que la PPP incentiva a los participantes a centrarse en la prestación de servicios.”

¹⁶³ Geert Dewulf, Anneloes Blanken, and Mirjam Bult-Spiering Pag. *Strategic Issues in Public-Private Partnerships*. Chichester, West Sussex: Wiley. 2011, p. 144. Traducción libre: “En los contratos de Alianza, la mayoría de los riesgos se asignan a la parte pública o a la privada. Riesgo que puede ser influenciado por la parte pública y la parte privada se ponen de lado y las primas de riesgo se depositan en un fondo de alianza. Estos riesgos y el fondo son administrados colectivamente. En contraste con un joint venture no todos los riesgos son parte del acuerdo público-privado.”

¹⁶⁴ Vianna Maino. *Mecanismo de Asociación Público-Privado*. Óp. cit., p. 61.

asumidos por el privado, todos los beneficios, precios, tarifas y subsidios de los servicios serían mayores, con considerables desventajas para el propio Estado y para los usuarios.”¹⁶⁵

De conformidad a lo expuesto, el contrato de JV es una asociación público privada, o al menos tiene rasgos muy similares. Vale mencionar que en muchos casos, se gestionan los PPP's mediante contratos de JV con la Administración Pública. Sin embargo, a pesar de lo mencionado, en muchos casos, si habrán diferencias entre el JV y las PPP's, diferencias que se pueden surgir dependiendo del tipo de PPP.

2.3. Asociaciones público privadas en el Ecuador.

2.3.1. Capacidad asociativa en el Ecuador.

La capacidad asociativa, es decir, la posibilidad de que existan las asociaciones y convenios público privados en el Ecuador, se encuentra dispersa por varios cuerpos legales en el ordenamiento jurídico. Debemos tomar en consideración la Constitución de la República del Ecuador¹⁶⁶, especialmente los artículos 315 y 316, que dicen lo siguiente:

Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para 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.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. [...]

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 315 y 316. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Adicionalmente, se debe tomar en consideración el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones¹⁶⁷ (en adelante “COPCI”), de manera excepcional, se complementa con el artículo 314¹⁶⁸ y 316 de la Constitución del Ecuador, en relación a la delegación de la gestión de sectores estratégicos. El artículo 100 del COPCI establece lo siguiente:

Art. 100.- Excepcionalidad.- En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelarán que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal.

La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa.

De conformidad con el artículo 316, se debe analizar dos temas importantes relacionados con las PPP's, y es la delegación por parte del Estado, y la determinación de los sectores estratégicos en los que se puede participar mediante empresas de economía mixta. La Corte Constitucional del Ecuador, “la máxima instancia de interpretación de la Constitución, realizó una interpretación del artículo 316 mediante resolución publicada en el Registro Oficial Suplemento número 629 de fecha 30 de enero de 2012. En cuanto a la delegación, resolvió lo siguiente:

De conformidad con lo manifestado en los considerandos que anteceden, el Pleno de la Corte Constitucional interpreta los artículos 313, 315 y 316 de la

¹⁶⁷ Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Artículo 100. Registro Oficial Suplemento No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

¹⁶⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 314. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.

Constitución de la República, en los siguientes términos: Debe entenderse que las empresas públicas únicamente gozan de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o prestar los servicios públicos, para los que hubieren sido autorizadas, sin que les esté permitido a su vez, a dichas empresas públicas, delegar a la iniciativa privada la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos, lo cual es competencia de los organismos pertinentes conforme lo establecido en la ley.

[...] solo el Estado Central puede autorizar a las empresas públicas la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios públicos. Dicha autorización se realizará a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal. Interpretese la gestión del sector estratégico como la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico.¹⁶⁹

Para completar lo expuesto por la Corte Constitucional, debemos definir el Estado Central o Administración Pública Central. De conformidad al artículo 2 del ERJAFE, la Administración Pública Central conforman: a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas; y b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos.

¹⁶⁹ Corte Constitucional para el periodo de Transición. Sentencia No. 001-12-SIC-CC. Caso No. 0008 10-IC de 5 de enero de 2011. Del análisis realizado se concluye: - Las empresas públicas tienen competencia de gestión de aquellos sectores estratégicos y servicios públicos para los cuales hayan sido autorizadas, -por parte de los organismos competentes-. - La gestión implica necesariamente operación de los sectores estratégicos, y se entenderá como la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico. - **Las empresas públicas no regulan ni controlan los sectores estratégicos y/o la prestación de servicios públicos para los cuales se les ha autorizado o se les autoriza gestionar.** - El Estado Central, mas no las empresas públicas, podrá delegar a empresas mixtas -en las cuales tenga mayoría accionaria- la participación en aquellos sectores estratégicos y servicios públicos que considere pertinente, por razones de interés nacional, dentro de plazos y límites fijados en la ley. Bien podrán las empresas públicas constituir empresas de economía mixta. - Entonces, el primer caso de delegación es a las empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria; dichas empresas mixtas pueden estar constituidas por empresas públicas, que al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas serán denominadas "subsidiarias", o constituidas por otras entidades del Estado. - El Estado, excepcionalmente, mas no las empresas públicas, podrá delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades (las de participación en sectores estratégicos y/o prestación de servicios públicos). - Consecuentemente, el segundo caso de delegación es para la iniciativa privada y para la economía popular y solidaria, teniendo en cuenta que deben confluir 2 aspectos sustanciales: 1) que esta delegación es de carácter excepcional; y, 2) que dicha excepcionalidad debe estar regulada mediante la ley de la materia o de cada sector. - Las Empresas Públicas dentro del ámbito y/o sector que les corresponda, conforme el objeto por el cual se constituyen, son entidades que forman parte del Estado; en tal sentido, respecto de los títulos habilitantes de los servicios de telecomunicaciones, por ejemplo, y de uso o asignación del espectro radioeléctrico no cabe la suscripción de contratos de concesión con las autoridades públicas competentes, puesto que la figura jurídica de concesión implica delegación por parte del Estado, siendo además que los contratos de concesión se celebran entre el Estado o una entidad de derecho público y los particulares o personas sujetas al derecho privado. - Si bien las Empresas Públicas, dentro del ámbito y/o sector que les corresponda, tienen un derecho prioritario que nace de la Constitución -de gestionar los sectores estratégicos y prestar servicios públicos-, es necesario que el Estado, como responsable de los mismos y siendo competente para su administración, regulación y control, autorice el ejercicio de dicho derecho, estableciendo los parámetros, condiciones y requisitos necesarios para que la gestión obre correctamente.

En cuanto a los sectores estratégicos a los que se refiere el artículo 313¹⁷⁰ de la Constitución del Ecuador, la Corte Constitucional resolvió lo siguiente:

El artículo 313 de la Constitución de la República identifica a los sectores estratégicos como "aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental", añadiendo que los mismos "deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social". Seguidamente, la citada norma suprema señala que se considera como sectores estratégicos a la energía en todas sus formas; las telecomunicaciones; los recursos naturales no renovables; el transporte y la refinación de hidrocarburos; la biodiversidad y el patrimonio genético; el espectro radioeléctrico; el agua y los demás que determine la ley.

Tomando en consideración lo que establece la Constitución de la República, la Ley de Modernización del Estado¹⁷¹ también reconoce la posibilidad de que la prestación de servicios públicos puedan ser empleados por parte de empresas mixtas o privadas, mediante cualquier forma establecida en la Constitución. El artículo 1 de la Ley de Modernización

Art. 1.- OBJETO.- La presente ley tiene por objeto establecer los principios y normas generales para regular: [...]

c) La prestación de servicios públicos, las actividades económicas y la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad del Estado, por parte de empresas mixtas o privadas mediante cualesquiera de las formas establecidas en la Constitución; y,

d) La enajenación de la participación de las instituciones del Estado en las empresas estatales de conformidad con la ley.¹⁷²

Adicionalmente, debemos tomar en cuenta la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el cual también establece el régimen asociativo para las empresas públicas. El título V de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece el régimen asociativo para el Estado, específicamente el artículo 34 que manda lo siguiente:

Art. 34.- CONTRATACION EN LAS EMPRESAS PUBLICAS.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarburíferos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo,

¹⁷⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículos 313. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 313.- Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

¹⁷¹ Ley de Modernización del Estado. Artículo 1. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

¹⁷² Ley de Modernización del Estado. Artículo 1. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente:

1. PLAN ESTRATEGICO Y PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES.- Las empresas públicas deberán contar con su Plan Estratégico y Plan Anual de Contrataciones, debidamente aprobados. [...]

2. REGIMEN COMUN.- Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables. [...]

3. REGIMEN ESPECIAL.- En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
[...]

5. INFORMES PREVIOS.- [...] Ninguna otra contratación que realicen las empresas públicas, ni de régimen común ni de régimen especial, requerirán de informes previos favorables de la Contraloría General del Estado, de la Procuraduría General del Estado o de otro órgano externo a la gestión de la empresa; no obstante lo cual, esta disposición no exime a las empresas públicas de su obligación de rendición de cuentas a la sociedad civil y del control posterior que pueden y deben ejercer las instancias con competencia para ello, de acuerdo a la Constitución de la República y la Ley.
[...]¹⁷³

El ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce la capacidad asociativa o modelos de gestión asociativa como por ejemplo la empresa de economía mixta, las empresas u organizaciones de economía popular y solidaria, el contrato de asociación o colaboración público privada y las delegaciones que se analizaran en el presente capítulo. Adicionalmente, cabe analizar las Ordenanzas No. 301 y 406 del Concejo Metropolitano de Quito el cual establecen el Régimen de colaboración público privada y de la economía popular y solidaria de las empresas públicas metropolitanas, así como el reciente Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada. Finalmente, se analizará la figura de “Socio Estratégico” el cual fue utilizado por el Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad en conjunto con el Ministerio de Industrias y Productividad, la Empresa Pública Cementera del Ecuador y la agencia de promoción de inversiones PROECUADOR, para la selección de un socio estratégico potencial, para una empresa cementera que es dueña el estado ecuatoriano.

¹⁷³ Ley Orgánica de Empresas Públicas, LOEP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 48 de 16 de octubre de 2009.

2.3.2. La empresa de economía mixta en el Ecuador.

De conformidad con la Ley de Compañías, existen cinco especies de compañías que constituyen personas jurídicas en el Ecuador. La Ley de Compañías reconoce cinco especies de compañías, dentro de éstas especies, se encuentra la compañía de economía mixta.

Art. 2.- Hay cinco especies de compañías de comercio, a saber: [...] La compañía de economía mixta. Estas cinco especies de compañías constituyen personas jurídicas. [...] ¹⁷⁴

La Ley de Compañías establece el régimen aplicable para las empresas de economía mixta. A pesar de que la Sección VIII de la Ley de Compañías establece un pequeño régimen para esta especie de compañía, en todo lo que no se encuentre previsto en dicha sección, se rige bajo las disposiciones de la compañía anónima de conformidad con el artículo 311 de la Ley de Compañías.

Una de las características de esta especie de compañía es que, de conformidad con el artículo 312, debe existir un directorio donde se encuentren representados los accionistas del sector público y el privado en proporción a su capital aportado. Y cuando la aportación del sector público exceda del cincuenta por ciento del capital de la compañía, uno de los directores de este sector será presidente del directorio. Adicionalmente, en cuanto a la transferencia de acciones y la participación (derecho de preferencia) respecto de un aumento de capital en dicha especie, el artículo 312 de la Ley de Compañías que dice lo siguiente:

Asimismo, en los estatutos, si el Estado o las entidades u organismos del sector público, que participen en la compañía, así lo plantearen, se determinarán los requisitos y condiciones especiales que resultaren adecuados, respecto a la transferencia de las acciones y a la participación en el aumento de capital de la compañía. ¹⁷⁵

Finalmente, la Ley de Compañías contempla la segunda posibilidad de PPP's institucionales mencionadas anteriormente, es decir, la toma de control de una empresa pública por parte del sector privado. El artículo 316 de la Ley de Compañías dice lo siguiente:

¹⁷⁴ Ley de Compañías. Artículo 2. Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

¹⁷⁵ Ley de Compañías. Artículo 312. Registro Oficial 312 del 5 de noviembre de 1999.

Art. 316.- En esta clase de compañías el capital privado podrá adquirir el aporte del Estado pagando su valor en efectivo, previa la valorización respectiva y procediendo como en los casos de fusión de compañías, y el Estado accederá a la cesión de dicho aporte.

Transferido el aporte del Estado a los accionistas privados, la compañía seguirá funcionando como si se tratase de una compañía anónima, sin derecho a las exoneraciones y beneficios que esta Ley concede a las compañías de economía mixta. En la organización de los directorios cesará la participación del Estado.

El Estado, por razones de utilidad pública, podrá en cualquier momento expropiar el monto del capital privado de una compañía de economía mixta, pagando íntegramente su valor en dinero y al contado, valor que se determinará previo balance, como para el caso de fusión.¹⁷⁶

2.3.3. Las Empresas u Organizaciones de Economía Popular y Solidaria.

En varios artículos del ordenamiento jurídico, como por ejemplo en las Ordenanzas 301 y 406 del Concejo Metropolitano de Quito, se hace referencia a que el Estado puede asociarse con empresas de economía mixta o con empresas u organizaciones de la Economía Popular y Solidaria. En este sentido, integran la Economía Popular y Solidaria las organizaciones conformadas en los Sectores Comunitarios¹⁷⁷, Asociativos¹⁷⁸ y Cooperativistas¹⁷⁹, así como también las Unidades Económicas Populares¹⁸⁰, de conformidad al artículo 8 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria (en adelante la “LOEPS”). El artículo 9 de la LOEPS define a dichas

¹⁷⁶ Ley de Compañías. Artículo 316. Registro Oficial 312 del 5 de noviembre de 1999.

¹⁷⁷ LOEPS. Art. 15.- Sector Comunitario.- Es el conjunto de organizaciones, vinculadas por relaciones de territorio, familiares, identidades étnicas, culturales, de género, de cuidado de la naturaleza, urbanas o rurales; o, de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades que, mediante el trabajo conjunto, tienen por objeto la producción, comercialización, distribución y el consumo de bienes o servicios lícitos y socialmente necesarios, en forma solidaria y auto gestionada, bajo los principios de la presente Ley.

¹⁷⁸ LOEPS. Art. 18.- Sector Asociativo.- Es el conjunto de asociaciones constituidas por personas naturales con actividades económicas productivas similares o complementarias, con el objeto de producir, comercializar y consumir bienes y servicios lícitos y socialmente necesarios, auto abastecerse de materia prima, insumos, herramientas, tecnología, equipos y otros bienes, o comercializar su producción en forma solidaria y auto gestionada bajo los principios de la presente Ley.

¹⁷⁹ LOEPS. Art. 21.- Sector Cooperativo.- Es el conjunto de cooperativas entendidas como sociedades de personas que se han unido en forma voluntaria para satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales en común, mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática, con personalidad jurídica de derecho privado e interés social.

Las cooperativas, en su actividad y relaciones, se sujetarán a los principios establecidos en esta Ley y a los valores y principios universales del cooperativismo y a las prácticas de Buen Gobierno Corporativo.

¹⁸⁰ LOEPS. Art. 73.- Unidades Económicas Populares.- Son Unidades Económicas Populares: las que se dedican a la economía del cuidado, los emprendimientos unipersonales, familiares, domésticos, comerciantes minoristas y talleres artesanales; que realizan actividades económicas de producción, comercialización de bienes y prestación de servicios que serán promovidas fomentando la asociación y la solidaridad.

Se considerarán también en su caso, el sistema organizativo, asociativo promovido por los ecuatorianos en el exterior con sus familiares en el territorio nacional y con los ecuatorianos retornados, así como de los inmigrantes extranjeros, cuando el fin de dichas organizaciones genere trabajo y empleo entre sus integrantes en el territorio nacional.

organizaciones de la siguiente manera:

Art. 9.- Personalidad Jurídica.- Las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria se constituirán como personas jurídicas, previo el cumplimiento de los requisitos que contemplará el Reglamento de la presente Ley.

La personalidad jurídica se otorgará mediante acto administrativo del Superintendente que se inscribirá en el Registro Público respectivo.

Las organizaciones en el ejercicio de sus derechos y obligaciones actuarán a su nombre y no a nombre de sus socios.

En el caso de las cooperativas, el procedimiento de constitución, los mínimos de socios y capital social, serán fijados en el Reglamento de esta Ley, tomando en cuenta la clase de cooperativa, el vínculo común de sus socios y el ámbito geográfico de sus operaciones.¹⁸¹

2.3.4. El Contrato de Asociación en el Ecuador.

De conformidad al Título XXVI del Código Civil, se estipulan las normas aplicables al contrato de sociedad. El Código Civil, en su artículo 1957, manda lo siguiente en relación al contrato de sociedad: “Art. 1957.- Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan. [...]”¹⁸²

De lo expuesto anteriormente, la legislación ecuatoriana no impone alguna limitación para que este artículo y posteriores, sean aplicables a la Administración Pública. Incluso, podemos tomar en cuenta que la intención del legislador, así como la Ley de Compañías y la Ley Orgánica de Empresas Públicas, contemplan la posibilidad de formar sociedades con el Estado, tal como las empresas públicas y las empresas de economía mixta.

2.3.5. Delegaciones en el Ecuador.

La Ley de Modernización del Estado establece un capítulo específico para la desmonopolización, delegación de servicios públicos a la iniciativa privada y la privatización. En cuanto a la Delegación precisamente, el artículo 6 y el 41¹⁸³ de dicha Ley establecen lo siguiente:

¹⁸¹ Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria. Artículo 9. Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo de 2011.

¹⁸² Código Civil ecuatoriano, (Libro IV). Artículo 1957. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁸³ Ley de Modernización del Estado. Artículos 6 y 41. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

Art. 6.- El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos y la exploración y explotación 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 respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, con especial énfasis en la determinación equitativa 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.- DELEGACION.- El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar. La participación de las empresas mixtas o privadas se hará mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual "o administrativa" de acuerdo con la ley. El Estado cumplirá con su obligación de atender la educación y la salud pública de los ecuatorianos conforme los mandatos de la Constitución y sin perjuicio de la actividad que, en dichas áreas, cumpla el sector privado.

La exploración y explotación de los recursos naturales no renovables cuya propiedad inalienable e imprescriptible pertenece al Estado, podrá hacerse a través de empresas públicas, mixtas o privadas.

Tomando en cuenta lo que manda el artículo 41, es importante mencionar también el artículo 42 donde el legislador empieza a precisar y diferenciar entre la delegación y la privatización (diferencia que se explicará más adelante). El artículo 42 de la Ley de Modernización del Estado manda lo siguiente:

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.¹⁸⁴

Finalmente, la propia Ley de Modernización del Estado establece las modalidades en las que se puede emplear la delegación mencionada anteriormente. El artículo 43 manda lo siguiente:

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

- a) Aporte total o parcial al capital de sociedades por acciones;
- b) Arrendamiento mercantil "o negocios fiduciarios";
- c) Concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo;
- ch) Venta;
- d) Transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas; y,

¹⁸⁴ Ley de Modernización del Estado. Artículo 42. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

e) Cualquier otra modalidad que mediante Decreto determine el Ejecutivo y que este amparada por la Ley ecuatoriana.¹⁸⁵

Tomando en consideración las modalidades contractuales que la Ley de Modernización del Estado reconoce en el artículo 43, cabe mencionar que “la concesión como el permiso y la licencia, integran los llamados contratos de gestión indirecta de servicios públicos, [...]”.¹⁸⁶ La principal característica de las modalidades contractuales mencionadas anteriormente es que la iniciativa privada es “la que provee o presta bienes o servicios de interés público, basándose en una delegación otorgada por el Estado, generalmente por medio de un contrato”.¹⁸⁷

El régimen jurídico aplicable a las delegaciones en el Ecuador tiene ciertas particularidades ya que existen normas de Derecho Administrativo que son aplicables a dicha modalidad contractual, pero adicionalmente, el contrato de delegación, como ley para las partes, también impone obligaciones a la delegación¹⁸⁸. Adicionalmente, existen dos elementos importantes que son parte de las delegaciones y que son los siguientes:

- a) El servicio público prestado mantendrá su condición de público, lo cual significa que el Estado impondrá una serie de normas de derecho administrativo. Las características de un servicio público permanecen aunque éste no sea prestado directamente por el Estado a través de sus instituciones, y tendrán aplicación incluso aunque no estén expresamente establecidas en el contrato.
- b) El delegatario generalmente estará impulsado por un interés de carácter económico o pecuniario, para satisfacer el cual se compromete a cumplir con una serie de prestaciones y compromisos de explotación de un servicio público.¹⁸⁹

Tomando en cuenta lo mencionado anteriormente sobre las delegaciones, es importante mencionar la postura de la doctrinaria ecuatoriana Vianna Maino sobre dicha institución y considera lo siguiente:

Sin embargo, podríamos aventurarnos a decir que se trata de contratos sui generis, que se caracterizan en términos generales por ser de largo plazo, donde el privado no solamente construye una obra pública sino que además presta directamente un servicio público, tratándose entonces de una verdadera relación de prestaciones recíprocas entre las partes, que comparten tanto los riesgos como los

¹⁸⁵ *Id.*, Artículo 43.

¹⁸⁶ Vianna Maino. *Mecanismo de Asociación Público-Privado*. *Óp. cit.*, p. 26.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Id.*, p 15.

¹⁸⁹ *Ibid.*

beneficios del negocio, en función de las características de cada caso particular.¹⁹⁰

2.3.5.1. Diferencia entre privatización y delegación.

La primera razón para considerar que existe una clara diferencia entre la privatización y la delegación, es que de conformidad al Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado¹⁹¹ la “Privatización” se encuentra regulada en el capítulo II del Reglamento, mientras que la delegación se encontraba regulada a partir del artículo 67 de dicho Reglamento, al igual que la explicación del artículo 1 de dicho Reglamento. Por otro lado, la Dra. Vianna Maino considera las siguientes diferencias en cuanto a la privatización y la delegación:

- a) La privatización consiste en una transferencia definitiva al sector privado de la propiedad y/o la gestión de una empresa o actividad pública; y,
 - b) La delegación, que puede ser total o parcial, consiste en la entrega que hace el Estado a un particular de la misión de proporcionar un servicio público llamado a satisfacer necesidades colectivas de naturaleza especializada, pero manteniéndose en el Estado la titularidad del servicio y por ende el control y regulación de la prestación del mismo.
- Como se ve, en la privatización existe un traslado total del régimen del sector público al ámbito privado, mientras que en las delegaciones el régimen de la prestación del servicio se mantendrá en el ámbito público.¹⁹²

2.3.6. Ordenanzas No. 301 y 406 del Concejo Metropolitano de Quito.

2.3.6.1. Ordenanza No. 301 del Concejo Metropolitano de Quito.

La ordenanza metropolitana número 301 del Concejo Metropolitano de Quito (en adelante “Ordenanza 301”) establece el régimen común para la organización y funcionamiento de las empresas públicas metropolitanas. Dicha ordenanza regula el régimen común para las alianzas entre las empresas publicas metropolitanas (en adelante “EPM”) y las empresas privadas y de la economía popular y solidaria. La ordenanza 301 define a las EPM de la siguiente manera:

Art.(1).- Empresas públicas metropolitanas.- Las empresas públicas metropolitanas son personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa, de gestión y con potestad coactiva, cuya constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación se regula por la ley de la materia, las ordenanzas y las

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ Decreto Ejecutivo No. 2328, publicado en el registro oficial suplemento no. 581, de fecha 2 de dic de 1994.

¹⁹² Vianna Maino. *Mecanismo de Asociación Público-Privado. Óp. cit.*, p. 19.

disposiciones contenidas en este capítulo.¹⁹³

Toda EPM debe ser creada mediante ordenanza municipal, la cual debe ser por iniciativa del Alcalde Metropolitano, de conformidad al artículo 3 de la Ordenanza 301. Por consiguiente, el domicilio principal de las EPM, será donde ejerzan principalmente sus actividades, es decir, el Distrito Metropolitano de Quito, y para identificar su naturaleza jurídica, se le agregará a su denominación la frase “Empresa Pública” o las iniciales “EP”.

En cuanto a la estructura societaria de las EPM, éstas deben contar con un Directorio, un Consejo Consultivo, un Gerente General y un Presidente del Directorio. La dirección de las EPM está a cargo del Directorio, mismo órgano que celebrará sesiones ordinarias una vez cada mes, y sesiones extraordinarias cuando convoque el Presidente del Directorio por su iniciativa o a petición de Gerente General. Es atribución del Directorio, nombrar al Gerente General, de conformidad con el párrafo 2 de la Ordenanza 301.

En cuanto a la administración de la EPM, el Gerente General ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial, y es responsable ante el Directorio por su gestión administrativa, técnica y financiera de conformidad con el artículo 16 de la Ordenanza 301. Por otro lado, es atribución del Directorio de cada EPM, dictar los reglamentos necesarios para la confirmación de un Consejo Consultivo el cual brindará de asesoría permanente al Directorio.

2.3.6.2. Ordenanza No. 406 del Concejo Metropolitano de Quito.

Con fecha 13 de junio de 2013, el Concejo Metropolitano de Quito, expidió la Ordenanza Metropolitana reformativa de la Ordenanza Metropolitana número 301, sancionada el 4 de septiembre de 2009, que establece el régimen común para la Organización y Funcionamiento de las Empresas Públicas Metropolitanas.

La primera reforma que interpone la Ordenanza Metropolitana reformativa

¹⁹³ Ordenanza Municipal 301. Artículo 1. Registro Oficial No. 39 de 2 de octubre de 2009.

número 406¹⁹⁴ (en adelante la “Ordenanza 406”), es modificar el artículo 12 de la Ordenanza 301 sobre los deberes y atribuciones del Directorio. En éste sentido, se le atribuye al Directorio “conocer y resolver las alianzas y proyectos asociativos presentados por el Gerente General, ya sea por iniciativa de la empresa pública o por iniciativas de proponentes externos”.

Adicionalmente, luego del Parágrafo 4 de las “Disposiciones generales” de la Ordenanza 301, se agrega un Parágrafo 5 sobre el “Régimen de colaboración público privada y de la economía popular y solidaria de las empresas públicas metropolitanas”. El objeto del parágrafo 5 introducido por la Ordenanza 406 es el siguiente:

Artículo (23).- Objeto.- El presente parágrafo tiene por objeto regular y determinar las condiciones de colaboración público privada y de la economía popular y solidaria con las empresas públicas metropolitanas, para el desarrollo de un determinado proyecto, actividad o emprendimiento de interés público en el Distrito Metropolitano de Quito, ya sea que provenga de iniciativa propia de las empresas públicas metropolitanas o de proponentes externos, esto es, personas jurídicas distintas a ellas.

Uno de los elementos que establece la Ordenanza 406 es en cuanto a los modelos de gestión asociativos, en su artículo 25 que establece lo siguiente: “Modelos de gestión asociativos.- Se podrán adoptar todos los modelos de gestión asociativo, como alianzas estratégicas o constitución de compañías de economía mixta, sin perjuicio de cualquier forma de asociación permitida por el ordenamiento jurídico nacional vigente”. En este sentido, cabe mencionar la prohibición expresa de delegación de servicios públicos por parte de las EPM, que dice lo siguiente:

Artículo (27).- Prohibición de delegar servicios públicos.- Ninguna empresa pública metropolitana, a pretexto de asociarse con un ente privado o de la economía popular y solidaria, podrá delegar a un tercer la prestación de un servicio público, atribución que le corresponde de forma exclusiva al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito mediante la emisión del correspondiente acto normativo. Para tal efecto, se entenderán comprendidos dentro de la categorización de servicios públicos aquellos cuya provisión exclusivamente le está atribuida por la Constitución o la ley a los gobiernos autónomos descentralizados municipales o metropolitanos; y, que se encuentran detallados en el numeral 4 de artículo 264 de la Constitución de la República. Aquellos que no se encuentren dentro de esta categorización serán

¹⁹⁴ Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. Ordenanza Metropolitana No. 406 del Concejo Metropolitano de Quito. <http://quito.com.ec/inversiones/download/Marco%20Normativo/Ordenanza%20406/ordm%200406%20-%20reforma%20ord%20%20301%20rgimen%20comn%20para%20organizacin%20y%20funcionamiento%20de%20empresas%20pblcas%20metropolitanas.pdf> (acceso 10/01/2015).

considerados servicios de interés público.

Analizando desde el punto de vista de los PPP's, la Ordenanza 406 establece uno de los elementos más importantes, y es la distribución de riesgos y de colaboración. De conformidad con el artículo 28 de la Ordenanza 406, serán las partes las que, en el proyecto, determinarán la distribución proporcional de riesgos entre la EPM y el asociado privado o de la economía popular y solidaria. Es importante resaltar que la Ordenanza 406 permite la asociación entre las EPM y el asociado privado, o alternativamente, asociarse con las empresas u organizaciones de la economía popular y solidaria. Por otro lado, el artículo 28 de la Ordenanza 406 establece que la distribución de riesgos entre los asociados será en función de la participación de cada una y de los niveles de colaboración entre los asociados, misma colaboración que deberá constar en el contrato.

Para que un proyecto PPP se pueda emprender mediante las EPM, existen dos mecanismos: i) La Empresa Pública proponga el proyecto de asociación; ii) Persona externa propone la iniciativa.

Cuando los proyectos asociativos provenga de la Empresa Pública, es indispensable que el Gerente General de la EPM ponga en conocimiento del Directorio. De conformidad con el artículo 29 de la Ordenanza 406, la propuesta al Directorio por parte del Gerente General debe contar con lo siguiente:

- Informes técnicos de sustento acerca de la ejecución del proyecto y su contribución al desarrollo del distrito en el ámbito respectivo;
- Informes técnico, económico y legal de la empresa pública, que justifiquen la necesidad del proceso asociativo; e;
- Informe técnico de la secretaria sectorial y de la secretaria encargada de la planificación, que justifiquen la conveniencia del proyecto, actividad o emprendimiento y del proceso asociativo.

Cuando los proyectos asociativos provengan de personas distintas a la EPM, debe seguirse el mismo procedimiento mencionado anteriormente, es decir, se deben poner a consideración del Directorio, a través del Gerente General de la EPM, de conformidad al artículo 30 de la Ordenanza 406. Adicionalmente, la persona externa deberá presentar los requisitos señalados anteriormente, excepto el informe legal que justifique el modelo de gestión asociativo y los informes técnicos de la secretaría sectorial y de la encargada de planificación.

Tomando en consideración lo expuesto sobre la posibilidad de que externos puedan realizar propuestas de modelos de gestión asociativos, la Ordenanza 406 establece ciertos derechos, obligaciones y cargas. El artículo 31 de la Ordenanza 406 manda lo siguiente:

Artículo (31).- Derechos, obligaciones y cargas del proponente externo.- Son de la esencia de las propuestas efectuadas por el proponente externo, de conformidad con este parágrafo, los siguientes derechos, obligaciones y cargas:

- a) El proponente externo no tendrá derecho a requerir de la empresa pública metropolitana ninguna prestación económica por costos generados en la preparación del proyecto, indemnización o retribución, por su intervención en la etapa de diseño del proyecto.
- b) La empresa pública metropolitana no estará obligada a acoger la iniciativa de proponente externo, ni aun por silencio administrativo. Se notificará al proponente con el resultado en un plazo no mayor a 60 días.
- c) El proponente externo, por el hecho de presentar una iniciativa, autoriza a la empresa pública metropolitana a efectuar todas las modificaciones que estime convenientes en el proyecto propuesto, siempre y cuando, en acuerdo con el proponente, se mantenga la esencia del mismo.
- d) El proponente externo estará sujeto al procedimiento público de selección, sin otra ventaja en relación con los otros oferentes que el puntaje de bonificación que en el correspondiente pliego de bases se establezca y que, en ningún caso, será mayor al quince por ciento del puntaje total.
- e) En caso de que el proponente externo no resulte adjudicatario en el procedimiento público de selección, tendrá derecho a obtener de adjudicatario final el valor que en el pliego de bases se hubiere determinado por concepto de costos y gastos de preparación del proyecto, descontado el porcentaje que le corresponda a la empresa pública por las aportaciones efectuadas al proyecto propuesto. Esta obligación de adjudicatario final deberá constar en el contrato.
- f) La empresa pública metropolitana deberá guardar confidencialidad sobre las propuestas externas mientras éstas sean analizadas.

Por otro lado, uno de los temas más importantes que se debe tomar en consideración por parte de la Ordenanza 406 se encuentra en las “Disposiciones Generales” de la Ordenanza. La disposición general primera establece que la EPM deberá emplear su propio patrimonio para el proyecto. La disposición establece lo siguiente:

Primera.- Las empresas públicas metropolitanas deberán emplear para el proyecto, actividad o emprendimiento de interés público del Distrito, su propio patrimonio o el que le sea entregado por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, bajo cualquier título permitido por la ley. En este último caso, el órgano competente de resolver la entrega se asegurará que el patrimonio entregado sea utilizado en tales proyectos, actividades o emprendimientos, lo cual deberá ser debidamente justificado por la empresa.

Fundamentalmente, cabe mencionar que la Ordenanza 406 también establece obligaciones a la EPM frente a los interesados. La disposición general tercera obliga a las EPM de que éstas deben contar con la respectiva certificación presupuestaria, en caso de que el modelo de gestión lo requiera. Cabe mencionar que todo lo mencionado anteriormente en cuanto a los modelos de gestión asociativa estipulado en la Ordenanza 406, es aplicable a las personas jurídicas extranjeras. Por consiguiente, este régimen no es aplicable en los convenios de cooperación interinstitucional que efectúen las EPM con otros organismos estatales. Finalmente, la Ordenanza 406 establece el procedimiento de selección del modelo de gestión asociativo, mismo procedimiento que se analizará dentro de la sección sobre la “Selección de Socio Estratégico”.

2.3.7. Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada.

Mediante Decreto Ejecutivo número 582 publicado en el Registro Oficial número 453 de fecha 6 de marzo de 2015, se expidió el Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada en el Ecuador (en adelante el “Reglamento”). Este Reglamento tiene ciertas similitudes y ciertas diferencias con las Ordenanzas mencionadas anteriormente. Posteriormente se analizará las diferencias y similitudes que existen entre el Reglamento y las Ordenanzas (especialmente la Ordenanza 406).

El artículo 1 del Reglamento establece las posibilidades de quien puede presentar iniciativas de proyectos, tal como lo establece las Ordenanzas anteriormente. Es decir, la iniciativa puede provenir del sector público y/o de cualquier sujeto de Derecho Privado. Adicionalmente, cabe mencionar que de conformidad al artículo 2 del Reglamento, los proyectos, se pueden relacionar con sectores estratégicos, servicios públicos o cualquier otro servicio de interés general.

El artículo 3 establece el régimen aplicable de las ofertas que cualquier proponente puede presentar. Concordantemente con las Ordenanzas, dicho artículo también establece que las ofertas presentadas no constituyen derecho alguno a su favor. En este sentido, el proponente privado no tiene derecho a exigir al Promotor Público ninguna prestación económica, indemnización o retribución con motivo de los gastos y costos en los que hubiere incurrido en la preparación de su propuesta, salvo en el evento de que la iniciativa privada hubiera sido sometida a concurso público y el proponente

privado no haya resultado adjudicado. Sin embargo, uno de los temas que no se trata en la Ordenanza es en cuanto a la exclusividad de la idea del proyecto, ni sobre la confidencialidad de la misma. El quinto inciso del artículo 3 del Reglamento establece lo siguiente:

Tampoco tendrá derecho de exclusividad sobre la idea del Proyecto ni de confidencialidad sobre la propuesta presentada hasta la fecha de conclusión de la evaluación de interés público. Una vez concluida la fase de evaluación de interés público, toda la documentación que forma parte de la propuesta, una vez presentada, será de carácter público.¹⁹⁵

El artículo 4 del Reglamento establece las etapas de diseño que el Proyecto debe seguir para que se ejecute. En este sentido, las iniciativas privadas se deben sujetar en la etapa de diseño del Proyecto, a los procedimientos de presentación, evaluación de interés público y análisis de viabilidad. En el caso de que la iniciativa la tenga el proponente privado, este se deberá regir por el procedimiento precontractual establecido en la Ley, sin otra ventaja que el puntaje de bonificación o los beneficios estipulados en los pliegos respectivos.

El artículo 5 establece la obligatoriedad de que el proponente vincule su propuesta a proyectos ya existentes. Por otro lado, el artículo 6 trata sobre la presentación de la iniciativa privada como propuesta nueva, y el plazo para revisarla (el cual es de 15 días) y el plazo para completar información en que caso de que sea necesario es de 15 días.

Uno de los temas más importantes que el Reglamento trata es el del contenido preliminar de la iniciativa privada. El artículo 7 del Reglamento establece lo siguiente:

Art. 7.- Contenido preliminar de la Iniciativa Privada.- En todos los casos de Iniciativa Privada, el Proponente Privado debe aportar preliminarmente, al menos, lo siguiente:

1. En caso de que la Iniciativa Privada suponga el diseño y construcción de una obra, el Proyecto propuesto debe contener el diseño, al menos, en el nivel de anteproyecto.
2. En caso de que la Iniciativa Privada suponga la operación y/o la explotación de una obra existente o por construir, el Proyecto propuesto debe contener, al menos, el plan económico-financiero y los criterios de calidad de los servicios derivados de la operación y/o la explotación de la obra, en caso de haberlos.
3. En caso de que la Iniciativa Privada suponga la conservación y mantenimiento de una obra, instalaciones, equipos o el espacio público, el Proyecto debe contener, al menos, los criterios de mantenimiento propuestos.

Los demás requisitos serán regulados por la entidad correspondiente.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada. Artículo 7. Registro Oficial No. 453 de 6 de marzo de 2015.

¹⁹⁶ *Ibíd.*

El artículo 8 del Reglamento regula el procedimiento para evaluación de la iniciativa privada. Básicamente, en el plazo de 6 meses se debe analizar si la propuesta es de interés público suficiente, por lo que se utilizan los siguientes criterios: i) Grado de contribución al cumplimiento de los instrumentos de planificación del órgano o entidad públicos, y ii) Grado de participación y rol del Estado en la prestación del servicio de que se trate y su modelo de gestión.

El artículo 9 del Reglamento establece los requisitos para que la iniciativa privada sea calificada como de interés público. Dicho artículo es muy importante ya que es el contenido básico que la iniciativa privada debe tomar en consideración para iniciar un proyecto público privado. El artículo 9 del Reglamento manda lo siguiente:

Art. 9.- Contenido de la Iniciativa Privada luego de la evaluación de interés público.- Sin perjuicio de otros requisitos establecidos en este Reglamento, la Iniciativa Privada que haya sido calificada como de interés público, debe incluir al menos:

1. Denominación o razón social, domicilio físico y electrónico y número de teléfono del Proponente Privado.
2. Identificación del representante legal o voluntario del Proponente Privado.
3. Documentos que acrediten la existencia legal de la persona jurídica, consorcio, promesa de consorcio o cualquier otro mecanismo de asociación permitido por el régimen jurídico que intervenga como proponente.
4. En caso de que el Proponente Privado sea un consorcio, promesa de consorcio u otro mecanismo de asociación permitida por el régimen jurídico, deberá explicarse la modalidad de asociación y la participación de cada uno de los integrantes en la propuesta y la descripción de la capacidad financiera de cada uno de ellos.
5. Relación y descripción de las obras, infraestructura y servicio que formarían parte del proyecto, con identificación detallada de las etapas del proyecto y su cronograma tentativo.
6. Ubicación geográfica y área de influencia del Proyecto que se propone. Con indicación de las necesidades de expropiación.
7. Inversión presupuestada para el diseño y construcción y costos proyectados de operación y mantenimiento.
8. Indicación y detalle de los estudios de prefactibilidad financieros, técnicos, jurídicos y cualquier otro que, de acuerdo con la naturaleza del Proyecto, sea necesario para determinar su viabilidad.
9. Estimación de la demanda y su tasa de crecimiento anual durante el período proyectado de duración del Proyecto en gestión delegada al sector privado.
10. Evaluación del impacto ambiental del proyecto que se propone.
11. Identificación y análisis de los riesgos previsibles asociados al proyecto.
12. Especificaciones financieras del Proyecto propuesto, con inclusión de la retribución del Colaborador Privado, fuentes de ingresos, niveles tarifarios, plazo y, de ser el caso, los aportes públicos requeridos.
13. Especificaciones técnicas de diseño, construcción, operación y mantenimiento del Proyecto propuesto.

14. Especificaciones jurídicas del proyecto propuesto, con indicación de la modalidad de asociación público privada que se sugiere aplicar.
15. Indicación de los beneficios económicos y sociales del Proyecto y explicación de la forma en que se enmarca en los planes nacionales de desarrollo.
16. Valoración de los estudios que se presenta, de conformidad con criterios objetivos y precios de mercado.
17. Indicación completa de la experiencia del Proponente Privado en proyectos similares.
18. Cualquier otro antecedente o estudio que el Promotor Público requiera luego de la evaluación de interés público.

Finalmente, el artículo 10 trata sobre el análisis de la viabilidad de la iniciativa privada, el artículo 11 sobre la priorización de proyectos y concurso público y finalmente, el artículo 12 trata sobre las modificaciones a la iniciativa privada.

2.3.7.1. Comparación entre Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada y las Ordenanzas

Una de las similitudes entre la Ordenanza 406 y el Reglamento recientemente expedido, tiene que ver con quienes pueden proponer proyectos de colaboración público privada. De conformidad al artículo 23 de la Ordenanza, se establece que las iniciativas pueden provenir de las empresas públicas metropolitanas o de proponentes externos, y complementa la Ordenanza estableciendo que pueden ser personas jurídicas distintas a ellas. Por su parte, el Reglamento, en su artículo 1, establece que la iniciativa de cualquier proyecto puede provenir de los órganos y entidades del sector público y adicionalmente, también de cualquier sujeto de Derecho Privado. Una pequeña diferencia que vale la pena mencionar es que el Reglamento prevé la posibilidad de que un conjunto de personas jurídicas pueda proponer proyectos público privados, mientras que en la Ordenanza no se establece dicha posibilidad.

En cuanto a los procesos asociativos, existe similitud sobre los proyectos que se pueden proponer. De conformidad a la Ordenanza 406, en general se puede plantear cualquier proyecto de interés público para el Distrito. En este mismo sentido, el Reglamento establece que se puede proponer cualquier proyecto “relacionado con sectores estratégicos, servicios públicos o cualquier otro servicio de interés general”. Sin embargo, el Reglamento da un paso más y establece la posibilidad de que se presenten iniciativas en proyectos que existen actualmente, respecto de los cuales existan contratos de ejecución.

Otro tema en que la Ordenanza y el Reglamento comparten criterios, es en cuanto a los requisitos de viabilidad de los proyectos. El artículo 24 de la Ordenanza establece que las empresas públicas metropolitanas pueden asociarse para ejecutar proyectos publico privados siempre y cuando el proyecto cuente con informes técnicos, económicos, y legal que recomiendan la asociación. Por su parte, el Reglamento establece que el Promotor Público, debe realizar los estudios necesarios para determinar la viabilidad jurídica, técnica y económica de la iniciativa privada.

Durante varias etapas de la presente tesina se menciona que uno de los temas cruciales de estos contratos es el del riesgo. En este sentido, la Ordenanza y el Reglamento comparten dicha preocupación y establece que en el proyecto se debe determinar la distribución de riesgos. Sin embargo, cabe mencionar que la Ordenanza trata un poco mas a profundidad dicho tema.

Otra similitud entre la Ordenanza y el Reglamento tiene que ver con la Propuesta de proyecto. Primero, cabe mencionar que ambos cuerpos normativos coinciden de que la presentación de proyectos no genera o produce derecho alguno para el proponente, ni tiene que el Promotor Público tenga la obligación de dar trámite o aceptar la Iniciativa Privada, por acto expreso o silencio administrativo. Esto se refiere igualmente a que el proponente privado no tiene derecho a exigir al Promotor Público ninguna prestación económica, indemnización o retribución con motivo de los gastos y costos en los que hubiere incurrido en la preparación de su propuesta, salvo en el evento de que la Iniciativa Privada hubiera sido sometida a concurso público y el Proponente Privado no haya resultado adjudicatario. La redacción de esta este tema es prácticamente igual en ambos cuerpos legales.

Una de las primeras diferencias que existe entre las Ordenanzas, especialmente la Ordenanza 406, es que dicha ordenanza metropolitana reforma el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, por consiguiente, es únicamente aplicable para el Distrito Metropolitano de Quito, de conformidad al artículo 23 de dicha Ordenanza. Por otro lado, el Reglamento de Régimen de Colaboración Público Privada es aplicable

en todo el Ecuador, incluyendo los gobiernos autónomos descentralizados en todo el Ecuador.

Una sutil diferencia que presenta la Ordenanza y el Reglamento, es en cuanto a los modelos asociativos que se puede utilizar. Por su parte el artículo 25 de la Ordenanza establece que se pueden adoptar todos los modelos de gestión asociativo. La intención del legislador en esta Ordenanza es no hacer una lista taxativa, sino ejemplificativa, y menciona a las alianzas estratégicas o constitución de compañías de economía mixta. Termina complementando que se puede utilizar cualquier modelo que sea permitido por el ordenamiento jurídico nacional vigente. En el Reglamento, a pesar de que menciona el artículo 100 del COPIC en los considerandos, no existe un artículo que se refiera a los modelos de gestión asociativos permitidos para la colaboración público privada. A esta diferencia, cabe añadir que ocurre la misma situación en cuanto a la formalidad de la celebración de dichos contratos. La Ordenanza 406 establece que los contratos que lleven a cabo las empresas públicas metropolitanas deben celebrarse por escritura pública; mientras que el Reglamento no establece ningún requisito en este sentido.

Por otro lado, otra pequeña diferencia que también presenta el Reglamento y la Ordenanza es en cuanto a la prohibición de delegación de un servicio público. En este sentido la Ordenanza prohíbe la delegación a terceros de servicios que tiene atribución exclusiva el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. El Reglamento no establece ninguna prohibición en este sentido.

En cuanto al procedimiento de selección de proyecto, existe una similitud muy importante. Por un lado, la Ordenanza establece que la máxima autoridad administrativa de la empresa pública metropolitana definirá, bajo su exclusiva responsabilidad, el procedimiento de selección de la contraparte asociativa. Sin embargo, se establece claramente que debe seguir un procedimiento público, y como excepción, no se requerirá procedimiento público cuando se traten de proyectos comunitarios de interés propio que se puedan desarrollar con organizaciones de la economía popular y solidaria. Por su parte, el artículo 11 del Reglamento establece que

una vez que se determine la viabilidad del Proyecto, se puede convocar a concurso público.

2.3.8. Selección de Socio Estratégico.

Se han determinado los modelos que la administración pública tiene para poder emprender un proyecto de asociación público privada con el sector privado. Sin embargo, no basta únicamente con saber qué modelos tiene la administración pública para la asociación público privada, sino que además, la administración pública debe determinar el proceso adecuado para la selección de su colaborador o “socio estratégico”. De conformidad con la Ley Orgánica de Empresas Públicas (en adelante “LOEP”) de Ecuador, se determina la posibilidad de que las empresas públicas puedan asociarse para distintas materias. El artículo 36 de la LOEP manda lo siguiente:

Art. 36.- INVERSIONES EN OTROS EMPRENDIMIENTOS.- [...]

Las empresas públicas ecuatorianas podrán asociarse con empresas estatales de otros países, con compañías en las que otros Estados sean directa o indirectamente accionistas mayoritarios. En todos estos casos se requerirá que el Estado ecuatoriano o sus instituciones hayan suscrito convenios de acuerdo o cooperación, memorandos o cartas de intención o entendimiento.

En general los acuerdos asociativos e inversiones previstas en el inciso anterior deberán ser aprobados mediante resolución del Directorio en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales presentados mediante informe motivado y no requerirán de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio para perfeccionar la asociación o inversiones, respectivamente.

Las inversiones financieras y en los emprendimientos en el exterior serán autorizadas por el respectivo Directorio de la Empresa Pública.¹⁹⁷

Según el artículo mencionado anteriormente, se establece con claridad que con la finalidad de alcanzar metas de productividad en todos los ámbitos de sus actividades, las empresas públicas tienen capacidad asociativa, como por ejemplo alianzas estratégicas, empresas de economía mixta y cualquier otra figura asociativa. Es muy importante destacar la capacidad asociativa que se encuentra reconocida en la Ley, al igual que el proceso de selección de socios privados. El proceso de selección de socio privado debe ser mediante concurso público de conformidad con el artículo 35 de la LOEP que dice lo siguiente:

Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas

¹⁹⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 35. Registro Oficial Suplemento No. 48 de 16 de octubre de 2009.

de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y se requerirá concurso público, y para perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio. [Las empresas de economía mixta requieren de Directorio de conformidad a lo expuesto anteriormente] No requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional.¹⁹⁸

Teniendo en cuenta lo que manda la LOEP, ésta reconoce la capacidad asociativa que tienen las empresas públicas, y adicionalmente menciona que el proceso de concurso público para la selección del socio privado, será de conformidad a la Ley. Esto nos lleva también a analizar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, especialmente el artículo 26 que dice lo siguiente:

Art. 26.- Asociación para ofertar.- En los procedimientos a los que se refiere esta Ley los oferentes inscritos en el RUP, sean personas naturales o jurídicas, podrán presentar sus ofertas individualmente, asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio.¹⁹⁹

Como se puede ver, el proceso de selección de socio estratégico o de selección de socio privado es regulado por la Ley, así como mediante los Reglamentos que las empresas públicas emitan al respecto. Adicionalmente, se debe seguir el procedimiento de concurso público para que sea de conformidad a lo expuesto en la Constitución. Sin embargo, el proceso de selección de socio estratégico conlleva detalles más profundos que no se analizan en el presente capítulo.

2.3.7.1. Selección de Socio Estratégico bajo la Ordenanza 406.

La Ordenanza 406, además de establecer el régimen para proyectos PPP con las EPS, incluye el procedimiento público de selección del interesado en aplicación del modelo de gestión asociativo. El artículo 32 de la Ordenanza 406 establece lo siguiente:

Artículo (32).- Definición del procedimiento público de selección.- La máxima autoridad administrativa de la empresa pública metropolitana definirá, bajo su exclusiva responsabilidad, el procedimiento de selección de la contraparte asociativa, de entre los establecidos en la normativa nacional vigente, sujetándose al trámite de tales procedimientos en lo que fuere aplicable. En cuanto a las inhabilidades, se estará a lo dispuesto en el artículo (37) de la presente ordenanza.

Adicionalmente, la Ordenanza 406 establece una excepción al procedimiento público de selección. Cuando se traten de proyectos comunitarios de interés propio que

¹⁹⁸ *Ibíd.*

¹⁹⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 26. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

puedan desarrollarse con organizaciones de la economía popular y solidaria, del sector o ámbito en donde se llevará a cabo el proyecto, no es necesario un procedimiento público de selección. Sin embargo, en el evento de que exista más de una organización de la economía popular y solidaria que manifieste su intención de participar en el proyecto, se llevará a cabo un procedimiento público de selección, como cualquier otro proyecto asociativo, de conformidad con el artículo 34 de la Ordenanza 406.

Cuando la Ordenanza 406 se refiere a que el procedimiento de selección debe ser público, implica que debe hacerse a través de los medios idóneos y efectivos que garanticen la aplicación de los principios de publicidad y amplia participación, dependiendo de la envergadura del proyecto y de conformidad al proceso público de selección definido, de conformidad con el artículo 36 de dicha ordenanza. Cabe mencionar que no podrán participar, ni directa ni indirectamente, las personas inhabilitadas de conformidad con las bases.

Adicionalmente al procedimiento público de selección mencionado anteriormente, existen ciertas condiciones para que la propuesta del interesado sea válida. Uno de los primeros requisitos se encuentra establecido en el artículo 35 de la Ordenanza 406 el cual establece que es necesario que el interesado garantice la seriedad de su oferta en la forma, monto y condiciones que se establezcan, de acuerdo al procedimiento público de selección definido.

Por otro lado, de conformidad al artículo 33 de la Ordenanza 406, cuando el procedimiento público de selección requiera pliegos concursales, éstos deberán contener al menos los siguientes requisitos:

- a) Información pertinente relacionado con el alcance y características de proyecto, actividad o emprendimiento;
- b) Bases del procedimiento público de selección;
- c) Definición del procedimiento público de selección;
- d) Forma de la convocatoria;
- e) Plazos;
- f) Garantías;
- g) Modelo de gestión asociativo;
- h) Condiciones de la intervención de la empresa pública y el interesado en el proyecto asociativo;
- i) Sistema de supervisión, fiscalización y régimen de multas;
- j) Causas de suspensión y extinción del contrato;

- k) Método de solución de controversias; y,
- l) Los demás que defina la máxima autoridad administrativa de la empresa pública.

2.3.7.2. Un caso práctico: Selección de Socio Estratégico para empresa cementera en el Ecuador.

Mediante Decreto Ejecutivo número 207, con fecha 7 de enero de 2010, publicado en el Registro Oficial número 114 de fecha 22 de enero de 2010, el Presidente de la República decretó la creación de la Empresa Pública Cementera del Ecuador (en adelante “EPCE”) como entidad de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Posteriormente, dentro del proceso de búsqueda y selección de Socio Estratégico Internacional, se emitió el día 7 de marzo de 2014 el Reglamento del Proceso para vinculación de un socio estratégico a la Unión Cementera Nacional.

El objeto de la EPCE es “garantizar el autoabastecimiento de materia prima con el incremento de producción de cemento y clinker, y adicionalmente dotar de una mayor competencia al mercado de cemento en Ecuador, que tiene un marcado perfil oligopólico.”²⁰⁰ El propósito de la estructura para la búsqueda de un socio estratégico es el siguiente:

La Transacción Propuesta implica la búsqueda de una asociación con una empresa internacional, de reconocida experiencia (en adelante, el “Socio Estratégico” o el “Proponente”), con el fin de desarrollar la actividad cementera que resulte en un incremento de la producción de clinker y que genere mayor competencia en el mercado.

El Socio Estratégico seleccionado se convertirá en el accionista mayoritario de UCEM y su inversión en la Sociedad se destinará a la instalación de una planta de clinker, que se ubicará en la planta de Chimborazo considerando la disponibilidad de espacio y acceso a las reservas de caliza y que a la vez le permitirá mejorar la eficiencia y reducir los costes de producción (en adelante, la “Línea de Producción de Clinker”).²⁰¹

Desde el punto de vista de las PPP’s, el proyecto de selección de socio estratégico, de conformidad al Reglamento del Proceso para vinculación de un socio estratégico a la Unión Cementera Nacional, establece las siguientes condiciones al socio estratégico de manera general:

²⁰⁰ Empresa Pública Cementera del Ecuador. Reglamento del Proceso para vinculación de un socio estratégico a la Unión Cementera Nacional. <http://www.cemento.gob.ec/p/concurso-publico-internacional/> (acceso: 13/01/2015).

²⁰¹ *Ibíd.*

- a) Inversión para la instalación de la Línea de Producción de Clinker por importe USD 230.000.000.
- b) Los oferentes no pueden representar, directa o indirectamente, a otra empresa del sector cementero que se encuentre operando en la producción de cemento o Clinker en Ecuador y no tengan, o hayan tenido en los últimos diez años, vinculación asociativa con estas empresas.
- c) Demostrar presencia, prestigio y experiencia en la producción de cemento en sus mercados de al menos 25 años consecutivos.
- d) Demostrar la experiencia en la implementación de un proyecto cementero integral de una capacidad mínima de 2.000 t/d de clinker en los últimos 10 años.
- e) Demostrar capacidad instalada de producción anual superior a las 3 millones de toneladas de cemento, por las plantas operadas directamente, o a través de empresas vinculadas y operadores.
- f) Demostrar la operación simultánea de al menos tres plantas integrales de producción de cemento, operadas directamente, o a través de empresas vinculadas u operadores.
- g) Demostrar que el oferente cuenta con un patrimonio neto mínimo de USD 1.000.000.000, incluyendo las sociedades vinculadas, así como la holding. En el caso de que se utilice un vehículo para la inversión, se deberá aportar una garantía personal de la sociedad matriz que cuente con dicho patrimonio neto mínimo. En caso de consorcio, dicho requerimiento podrá cumplirse mediante la suma de los patrimonios netos de sus miembros.
- h) Demostrar una facturación promedio anual, en los últimos 3 años, igual o superior a USD 150.000.000 por concepto de comercialización de cemento y clinker.

Después de varios meses de negociación y del proceso de selección del socio estratégico, con fecha 23 de enero de 2015, la Empresa Pública Cementara Nacional y la compañía Cementos Yura S.A., del Grupo Gloria de Perú, suscribieron un contrato de inversión por 230 millones de dólares para la construcción de una nueva línea de producción de clinker en la Unión Cementera Nacional.²⁰² De conformidad al Ministerio de Industrias y Productividad, la selección del Socio Estratégico y la operación de dicho socio “le ahorrará al país 75 millones de dólares anuales, debido a que actualmente se importa para la producción de cemento un millón de toneladas de clinker al año.”²⁰³

Capítulo 3

Aplicabilidad de las Asociaciones y Convenios Público Privados en el Ecuador

En el presente capítulo analizaremos la aplicabilidad de los convenios público

²⁰² Ministerio de Industrias y Productividad. *BP.-008 Empresa Yura S.A. del Perú invertirá 230 millones de dólares en Unión Cementera Nacional.* <http://www.industrias.gob.ec/empresa-yura-s-a-del-peru-invertira-230-millones-de-dolares-en-union-cementera-nacional/> (acceso: 1/02/2015).

²⁰³ *Ibíd.*

privados en la legislación ecuatoriana.

3.1. El contrato PPP es aplicable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

De lo expuesto en los capítulos anteriores, podemos determinar que el contrato de asociación sí se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, cabe realizar la siguiente pregunta: ¿La modalidad de contrato que se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, puede desplegar todos los efectos jurídicos para los que fue creado desde un punto de vista estrictamente teórico? Considero que en el Ecuador, esta modalidad contractual sí es aplicable; sin embargo, considero que dicha modalidad no puede desplegar todos los efectos jurídicos, ni tampoco brindar todos los beneficios que deriva.

La razón para considerar que dicha modalidad no despliega completamente todos sus efectos en el Ecuador es debido a la falta de normativa que la regule. Recientemente se dictó el Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada mencionado anteriormente. Adicionalmente, debemos mencionar las Ordenanzas 301 y 406 y las menciones que escasamente hace el ordenamiento jurídico sobre contratos de asociación y colaboración público privada. A pesar de que no existe mayor contradicción entre las Ordenanzas 301 y 406 y el Reglamento, es importante mencionar que tampoco existe mayor desarrollo sobre esta modalidad contractual. Un gran porcentaje del contenido de las Ordenanzas es similar al Reglamento en su contenido. Sin embargo, es necesario la expedición de una ley que regule ciertos temas de dicha modalidad contractual que no han sido tratados en las Ordenanzas y el Reglamento. Dicha ley debe tener como objeto la regulación de los proyectos sociales público privados para el desarrollo, incluyendo las asociaciones públicas-privadas, empresas de economía mixta, y los contratos para los proyectos público-privados, para la participación idónea del sector privado en la prestación de servicios y la realización de obras públicas. Por otro lado, se debe reglamentar temas adicionales, tales como la motivación precontractual, la iniciativa que tiene cada determinado proyecto (tal como se analiza en las Ordenanzas 306 y 401), y el plazo de duración de cada contrato. Adicionalmente, en cuanto al contrato, dicha Ley debe mencionar las cláusulas mínimas que cada contrato deba tener para que despliegue todos sus efectos, tales como: i) Sanciones aplicables a las partes, en caso de incumplimiento de contrato, ii)

Distribución de riesgos entre las partes, incluidos los relacionados con circunstancias imprevistas y de fuerza mayor, incluyendo aquellos relacionados con el *ius variandi* o el hecho del príncipe; iii) Mecanismos para la preservación de la continuidad de los servicios o actividades estratégicas; iv) Garantías y seguros correspondientes; v) Criterios objetivos para evaluar el desempeño del contratista y del proyecto de conformidad con el VpD; vi) Derechos y obligaciones de las partes, vii) Cláusulas de terminación del contrato; viii) Cláusula de solución de controversias, entre otras. Adicionalmente, dicha Ley debe reglamentar el tema de la licitación y los derechos del consumidor de los usuarios que reciben el servicio o la obra.

Sin embargo, tomando en consideración la primera interrogante en cuanto a la aplicabilidad de los PPP's en el Ecuador, es importante mencionar que sí es aplicable dicha modalidad contractual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que no se afecta o atenta al Principio de Legalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En este sentido y tomando en cuenta el Principio de Legalidad, es necesario que toda actuación por parte de las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias y servidores públicos, se encuentre dentro de las atribuciones y competencias que la Constitución y la Ley pueda otorgar. Por consiguiente, y tomando en cuenta la falta de normativa específicamente aplicable a los PPP's, es necesario que se expida un cuerpo normativo que regule la aplicabilidad de dicha modalidad contractual, como ha sucedido en distintos países de la región, tales como Perú, Colombia, Chile, Argentina, Brasil y Uruguay, sin mencionar a países como México y Guatemala en Latinoamérica. Cabe mencionar que varios países en el resto de mundo también cuentan con abundantes leyes que regulan los PPP's tales como: España, Bulgaria, Irlanda, Canadá, Republica Checa, Egipto, Indonesia, Sudáfrica, Estados Unidos, Corea del Sur, Francia, Grecia, entre otros.²⁰⁴

Finalmente, en el caso ecuatoriano, la falta de conocimiento sobre la posibilidad de presentar iniciativas privadas para ejecutar proyectos de alianzas y/o convenios

²⁰⁴ Departamento Nacional de Planeación. Dirección de infraestructura y energía sostenible de la República de Colombia. Asociaciones Público Privadas –APP- en Infraestructura en Colombia. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Presentaci%C3%B3n%20GIP%20Cali%2028102013.pdf> (acceso: 18/02/2015).

público privados hace que no sean tan populares, se les confunda con privatizaciones o que el mismo sector público tenga miedo de su aplicación por no tener una Ley suficientemente explícita para su aplicabilidad en el día a día.

3.2. ¿El contrato PPP en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es un contrato que se rige bajo el Derecho Administrativo?

De conformidad a lo expuesto en el capítulo primero, el contrato administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se lo define como “todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.”²⁰⁵ Adicionalmente, el Doctor Efraín Pérez enumera los elementos del contrato administrativo y el considera los siguientes: “a) sujetos; b) capacidad y competencia; c) voluntad; d) objeto; e) causa; f) finalidad; y g) forma.”²⁰⁶ Por consiguiente, expondré los argumentos por los que las PPP’s, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, son contratos administrativos y no son contratos de carácter civil.

El primer argumento para pensar que las PPP’s son contratos administrativos es que la legislación ecuatoriana no tiene una Ley de Contratos del Sector Público, a diferencia de la legislación española, en la cual dicha ley fue expedida la Ley de Contratos del Sector Público mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011. Es importante mencionar que de conformidad a la Ley de Contratos del Sector Público de España, en su “Capítulo II” sobre los “Contratos del sector público” y sobre la “Delimitación de los tipos contractuales” cabe mencionar el artículo 5, el cual califica al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como un contrato administrativo, con las siguientes condiciones:

Artículo 11. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.
1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una

²⁰⁵ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 75. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

²⁰⁶ Efraín Pérez. *Derecho Administrativo*, Vol. 2. *Óp. cit.*, p. 768.

actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
 - b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
 - c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
 - d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.
2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.
3. El contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.
4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

Hay que tomar consideración las características del artículo 11 de la Ley de Contratos del Sector Público, para poder comparar dichas características con las que menciona la Comisión Europea en su Libro Verde sobre Colaboración Público-Privada mencionado anteriormente, el cual dice lo siguiente:

Las operaciones de CPP suelen caracterizarse por los siguientes elementos:

- La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.
- El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.
- El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.
- El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

En la legislación española, el contrato PPP ha estado “encubierto en otros contratos de base asociativa que reflejaban perfectamente los rasgos característicos de los

actuales CPPs.”²⁰⁷ Sin embargo, el Derecho Administrativo español fue evolucionando, al igual que las fórmulas contractuales de colaboración paralelamente con las Directivas comunitarias en temas de contratación pública, por lo que dieron como resultado que el contrato PPP deje de ser un contrato administrativo atípico, y se convierta “en un contrato administrativo típico, independiente de los demás y con sus propias reglas de juego.”²⁰⁸ Sin embargo, existe cierta posición doctrinaria española que consideran al contrato PPP “no como un verdadero contrato administrativo, sino más bien como una técnica nueva de contratar, una fórmula contractual que permite aprovecharse de las ventajas de ser, nominativamente un contrato típico y, en la práctica, una combinación de todos los demás.”²⁰⁹

Debido a que no existe una Ley que determine de manera taxativa, única y exclusivamente los contratos administrativos. Por consiguiente, debemos apoyarnos en la propia definición de contrato administrativo empleada por el ERJAFE en su artículo 75, y manda lo siguiente: “Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.”²¹⁰ Como se puede apreciar, la definición de contrato administrativo contempla que cualquier “acto” o “declaración multilateral” que produce efectos jurídicos, y de la cual, una de las partes se encuentra en el ejercicio de la función administrativa. Por consiguiente, tomando en cuenta la definición del ERJAFE, nos permite analizar y determinar que si una de las partes es el Estado en ejercicio de la función administrativa, y se firma un contrato público privado, dicho contrato produce efectos jurídicos y bajo la legislación ecuatoriana es un contrato administrativo.

Un elemento adicional que se debe mencionar y que va de la mano con la concepción *per se* del contrato administrativo se refiere a la personalidad jurídica del

²⁰⁷ Borja Colón de Carvajal Fibla. *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa.* <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho-Administrativo/200910-43829474723947563.html> (acceso 18/02/2015).

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ Borja Colón de Carvajal Fibla. *La Ley de Contratos del Sector Público: un análisis profundo de los importantes cambios que se avecinan.* 1era. ed. Valencia, Bubok Publishing, S.L., 2010, p. 47.

²¹⁰ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 75. Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002.

Estado. En este sentido, debemos tomar en consideración que la doctrina clásica en cuanto a los contratos administrativos consideraba que el Estado podía actuar como parte contractual con prerrogativas que conlleva al Estado (tales como cláusulas exorbitantes y demás) y en cierto casos actuar como un privado más en contratos civiles. A la primera modalidad contractual se le denominaba “Contratos Administrativos” y a la segunda modalidad “Contratos de Simple Administración”. Sin embargo, cabe mencionar que por la redacción del artículo 75 del ERJAFE, bajo nuestra legislación, esta distinción ha sido superada.

El segundo argumento para considerar que las PPP's son contratos administrativos es considerar la capacidad asociativa que tiene el Estado. En este sentido, debemos mencionar el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que dice lo siguiente:

Art. 35.- CAPACIDAD ASOCIATIVA.- Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del Artículo 316 de la Constitución de la República.²¹¹

Por consiguiente, el Estado, mediante empresas públicas, en cumplimiento de sus fines y objetivos, puedan celebrar los contratos que sean necesarios, incluyendo el contrato de “cualquier tipo de asociación” o “alianzas estratégicas” con el sector privado, a nivel nacional o internacional, en el marco de las disposiciones de artículo 316 de la Constitución del Ecuador, el cual fue analizado anteriormente y el artículo 67²¹² de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, donde se reconoce a los consorcios y asociaciones como vehículos contractuales.

3.2.1 Análisis bajo las “características esenciales” de los contratos administrativos en el Ecuador.

Para realizar dicho análisis, se debe tomar en consideración la Resolución del Recurso de Casación de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema

²¹¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 35. Registro Oficial Suplemento No. 48 de 16 de octubre de 2009.

²¹² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 67. Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008.

de Justicia.²¹³ A pesar de que dicha Resolución trata en relación a que el contrato de seguro no es un contrato administrativo, si trata sobre los distintos contratos que la administración pública celebra de conformidad a sus atribuciones, y por consiguiente, analiza la naturaleza de cada uno de ellos.

Se presentan de dos clases: a) los administrativos propiamente dichos, en que la competencia de las acciones que generen reclamos, pertenece a la jurisdicción contencioso administrativa, cuanto más que éstos se configuran en leyes especiales, así: Ley de Contratación Pública, Ley de Consultoría, Ley Orgánica de Aduanas, Ley de Hidrocarburos, Ley de Minería, Ley Especial de Telecomunicaciones, Ley Básica de Electrificación, Ley General de Puertos, Ley de Aguas, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Ley de Régimen Monetario, Ley de Banco del Estado, Ley de Instituciones Financieras, etc.; y, b) los contratos del derecho común, en que la administración está sometida a la jurisdicción ordinaria o especial, establecidas en leyes de derecho común, como: Ley de Inquilinato, Código de Trabajo, Código de Comercio.

Una vez que la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia menciona los tipos de contratos que puede celebrar la Administración Pública, posteriormente hace un análisis para determinar si es que el contrato de seguro es o no un contrato administrativo (ya que en el Ecuador, no existe una ley que exponga taxativamente cuales contratos son contratos administrativos, y cuales contratos son de simple administración). Por consiguiente, la Segunda Sala establece las siguientes “características esenciales de los contratos administrativos, además, de los indicados en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en los Arts. 75 y 76 [...]”²¹⁴

Tenemos: I. La finalidad, siempre busca lograr el bienestar público, misión sustancial del Estado, por ello se relaciona directa e inmediatamente con alguna función del Estado, comprendiendo también a las otras entidades del sector público; II. El objeto, que se contrae a cuatro especies: II.1. A la ejecución de obras, que consiste en la construcción o edificación a cuenta y riesgo del contratista para la realización de una obra pública; II.2. La prestación de servicios, entregados de manera masificada para los diversos sectores sociales o pobladores; II.3. La adquisición de bienes o contratos de suministros, que pueden ser de tracto sucesivo o por una sola vez, en atención a las bases publicadas, y, II.4. Los contratos de colaboración que se otorgan por la delegación o concesión de horas, servicios, frecuencias, así el mantenimiento de vías públicas, puertos, etc; que se lo hace durante un lapso y por medio de tarifas, facilitando la prestación de un servicio público o el uso de bienes públicos; pero siempre bajo el control de entidad concesionante; y III. Las formalidades que constituya una serie de requisitos necesarios para su validez, tal el

²¹³ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución del Recurso de Casación. *El contrato de seguro no es contrato administrativo*. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2342.

²¹⁴ *Ibíd.*

proceso reglado para celebrarlo, los informes de los órganos de control, debiendo otorgarse debidamente protocolizado.

La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, después de analizar al contrato de seguro de conformidad a lo mencionado anteriormente, llega a la conclusión de dicho contrato no es un contrato administrativo, y tampoco se rige bajo la Ley de Contratación Pública, “ya que no se trata de un contrato administrativo, sino de un contrato de la administración de derecho común, debido a que carece de los elementos antes consignados.”²¹⁵

De la misma manera que la Segunda Sala hizo el análisis para determinar si el contrato de seguro es o no un contrato administrativo, se debe hacer el mismo análisis para determinar si el contrato PPP, bajo la legislación ecuatoriana, es o no un contrato administrativo. El análisis consiste básicamente en tres puntos: i) La finalidad; ii) El objeto; y, iii) Las formalidades.

En cuanto a la finalidad de los contratos PPP's, ésta modalidad contractual busca el bienestar social mediante la promoción de inversión o participación del sector privado en obras o proyectos que desea emprender la Administración Pública en beneficio de sus administrados. De conformidad al doctrinario Juan Carlos Cassagne, la finalidad de los PPP's “es facilitar la asociación entre el Estado y el sector privado para el desarrollo de infraestructura y servicios, compartiendo los riesgos y mejorando la agilidad de las operaciones.”²¹⁶

Por otro lado, la Segunda Sala considera que el objeto de un contrato administrativo en el Ecuador, se reduce en cuatro especies mencionadas anteriormente. En este sentido, además de los mencionados por la propia Sala, se contempla el contrato de colaboración público-privada, sin embargo, de conformidad a lo que expone la Sala, se otorga por delegación o concesión, para facilitar la prestación de un servicio público o el uso de bienes públicos; pero siempre bajo el control de una entidad concesionante. En cuanto al tema de la delegación o concesión como contrato de colaboración en el Ecuador, se analizará más adelante.

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ Juan Carlos Cassagne. “Sobre los contratos de Asociación Público Privada (PPP) en Argentina. *Óp. cit.*, p. 10.

Finalmente, en cuanto a las formalidades como requisitos necesarios para su validez, debemos mencionar los siguientes requisitos que la propia legislación ecuatoriana manda para los PPP's (mencionados anteriormente): a) Artículo 15 de la Ley de Hidrocarburos, b) Decreto Supremo 316 en el que se establecen las Bases para Contratos de Asociación para Exploración de Hidrocarburos, actualmente vigente, c) Artículo 37 del Reglamento a la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero.

Adicionalmente, el artículo 67 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece los requisitos para que los consorcios o asociaciones participen en procesos de contratación precontractuales y contractuales. El artículo manda lo siguiente:

Art. 67.- Consorcios o Asociaciones.- En cualquier proceso precontractual previsto en esta Ley, pueden participar consorcios o asociaciones de personas naturales y/o jurídicas, constituidos o por constituirse, en este último caso presentando el compromiso de asociación o consorcio correspondiente. Sin embargo, para la celebración de los contratos con una asociación o consorcio será requisito previo la presentación de la escritura pública mediante la cual se haya celebrado el contrato de asociación o consorcio, escritura en la que debe constar la designación de un apoderado.

Las escrituras de constitución y disolución de la asociación o consorcio deberán contener los requisitos establecidos en el Reglamento de esta Ley.²¹⁷

Finalmente, los artículos 112²¹⁸ y 113²¹⁹ del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante "RLOSNCPP"), emitido

²¹⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 67. Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto de 2008.

²¹⁸ RLOSNCPP. Art. 112.- Documentos integrantes del contrato y normativa aplicable. El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los pliegos y la oferta ganadora. Los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato, también forman parte de éste. El contrato se regula por las normas de la Ley, las disposiciones de este Reglamento General, por la normativa que emita el INCOP; y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil en lo que sean aplicables.

²¹⁹ RLOSNCPP. Art. 113.- Forma y suscripción del contrato.- En todos los casos en que la ley exija la suscripción de contrato, éste se otorgará por escrito; y, en los contratos de tracto sucesivo, en caso de prórroga, para que sea válida, deberá convenirse, también de manera expresa y por escrito. La entidad contratante verificará la aptitud legal del contratista en el momento de la suscripción del contrato, sin que ello signifique un trámite adicional para el contratista. Luego de la suscripción y cumplidas las formalidades del caso, la Entidad entregará un ejemplar del contrato al contratista. Adjudicado el contrato, el adjudicatario o su representante debidamente autorizado, deberá suscribir el contrato dentro del término previsto en los pliegos o en la Ley, para lo cual la entidad contratante le notificará señalando la fecha para hacerlo, que no podrá exceder de quince (15) días término siguientes a la fecha de adjudicación, excepción hecha para el caso de que el adjudicatario sea un consorcio o asociación, en cuyo caso tendrá quince días adicionales para la formalización de dicha asociación. El contratista no estará obligado a presentar documentos que ratifiquen su idoneidad legal si es que la información

mediante Decreto Ejecutivo 1700, publicado en el Registro Oficial Suplemente número 588 de fecha 12 de mayo de 2009 complementan de manera general lo expuesto anteriormente, en su Capítulo II, sobre los Requisitos y Forma de los Contratos.

De lo expuesto anteriormente por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en cuanto al análisis realizado al contrato de seguro, y siguiendo los mismo parámetros para analizar al contrato de colaboración público-privada en cuanto a las características esenciales del contrato administrativo, podemos concluir que dicho contrato si podría considerarse como un contrato administrativo bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por otro lado, el Título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el régimen de los Contratos de la Administración Pública. Dentro de dicho título, el artículo 60 de dicha Ley establece el carácter de los contratos que se rigen bajo dicha ley, y manda lo siguiente: “Art. 60.- Carácter de los Contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos.”

Adicionalmente, debemos tomar en consideración el artículo 67 mencionado anteriormente sobre la posibilidad de que los consorcios y asociaciones puedan participar en procesos precontractuales y contractuales previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Por consiguiente, el artículo 67 de dicha ley complementa la Ordenanza 406 analizada anteriormente para que un socio estratégico privado pueda vincularse con una Empresa Pública Metropolitana para participar en un contrato de asociación o colaboración público-privada.

3.3. ¿La modalidad de PPP en el Ecuador, es una nueva forma contractual en el Derecho Administrativo, o se trata de un contrato tradicional de concesión?

Al igual que en España, en el Ecuador, la figura de PPP se encuentra encubierta en distintas modalidades contractuales de base asociativa. A pesar de que no existe una clara definición o cuerpo que legal que trate específicamente al contrato PPP, podemos

necesaria para esa certeza consta en registros públicos, será la entidad contratante que verificará esta situación.

encontrar ciertas características de los PPP's en varios modelos de contratos de asociación, así como el modelo de concesión y/o delegación. Por consiguiente, es importante analizar si es que la modalidad de PPP en el Ecuador se puede considerar una nueva modalidad en el Derecho Administrativo ecuatoriano, o si es un contrato tradicional de concesión. En este sentido, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia (un ordenamiento jurídico similar al ecuatoriano) ha realizado un cuadro comparativo entre un proyecto de concesión y un proyecto PPP.²²⁰

Aspecto	Concesión	APP
Fuente de repago de la inversión	A través del cobro a los usuarios y eventualmente a través de pagos diferidos del presupuesto público.	A través de pagos diferidos provenientes del presupuesto público. Eventualmente a través del cobro a los usuarios, y/o a través de desarrollo de negocios conexos a la prestación del servicio público.
Variables de adjudicación	Cobro por uso del servicio; Ingreso esperado; plazo, entre otras.	Flujos de pagos solicitados a la Entidad Ejecutora y condiciones del nivel de servicio entre otras
Plazo del contrato	Entre 20 y 30 años	Entre 20 y 30 años
Tarifas	Estructura tarifaria definida en el contrato. Nivel tarifario definido en la licitación.	Generalmente no hay tarifa a los usuarios. Eventualmente en el caso de cobro a usuarios, la estructura tarifaria estará definida en el contrato.
Pagos de la Entidad Ejecutora	En aquellos proyectos que no son autofinanciables con la tarifa que pagan los usuarios, se establecen pagos del Concedente, los cuales se realizan con periodicidad semestral o anual.	La Entidad Ejecutora realiza, a partir de la puesta en servicio del activo, pagos trimestrales o semestrales durante el periodo de explotación del activo, que son predefinidos en la licitación. Estos pagos pueden ser: - Pagos por disponibilidad, que son generalmente fijos y pueden estar sujetos a deducciones, o

²²⁰ Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia. Manual de Procesos y Procedimientos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público-Privada. <http://www.irc.gov.co/irc/en/investmentbanking/manualappfinal.pdf> pp. 22y 23. (acceso: 15/02/2015).

		- Pagos por el uso, que son pagos variables en función de la cantidad de servicios prestados.
Distribución de principales Riesgos	<ul style="list-style-type: none"> - Riesgo Predial lo asume el Concedente. - Riesgo de Construcción lo asume el Concesionario - Riesgo de demanda lo asume el Concesionario o es compartido. - Riesgo de incumplimiento de niveles de servicios no es considerado de manera prioritaria en la regulación del contrato. 	<ul style="list-style-type: none"> - Riesgo Predial lo asume el concedente - Riesgo de Construcción lo asume el Concesionario <p>Generalmente no hay riesgo de demanda ya que el pago principal es realizado por la Entidad Ejecutora sujeto solo al cumplimiento de estándares de servicio.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Riesgo de incumplimiento de niveles de servicios es fundamental y prioritario en la regulación del contrato.
Regulación durante la etapa de Operación	Los requerimientos técnicos solicitados en el contrato durante la etapa de explotación de la concesión corresponden básicamente a requerimientos de conservación de la infraestructura y de explotación de los servicios relacionados, los cuales son regulados con base en programas de conservación cuyo incumplimiento es sancionado con penalidades.	Los requerimientos técnicos solicitados en el contrato durante la etapa de explotación corresponden a requerimientos de nivel de servicio con base en especificaciones de servicio e indicadores claves de cumplimiento.

Como se desprende del cuadro anterior, existen ciertas diferencias marcadas entre el contrato de concesión tradicional y el modelo de PPP. Sin embargo, uno de los elementos más importantes que marca una clara diferencia entre la concesión y el modelo PPP es la relación que existe entre el privado y la Administración Pública.

A diferencia de la contratación tradicional, basada en la compra e incorporación de activos por parte del sector público al sector privado, en la colaboración público-privada (CPP) el sector público adquiere servicios del sector privado, que asume a su vez compromisos de rendimiento y de gestión de la infraestructura y del servicio a lo largo del tiempo. Según la misma fuente citada, «la experiencia y el know-how del sector privado siempre se ha utilizado en los contratos públicos pero en los contratos tradicionales las empresas construían y desaparecían, mientras que la CPP pretende garantizar que el sector privado se responsabilice de la calidad del diseño y de la

construcción que lleva a cabo, así como del mantenimiento de los activos a largo plazo, de modo que se logre el máximo aprovechamiento de la inversión realizada.»²²¹

Tomando en cuenta la noción de concesión mencionada anteriormente y que se reduce en el acto por el cual “la administración encarga temporalmente a una persona la ejecución de un servicio público, transmitiéndole ciertos poderes jurídicos y efectuándose la explotación bajo su vigilancia y contralor, pero por cuenta y riesgo del concesionario”²²², debemos analizar los beneficios, que el contrato PPP brinda y que el contrato de concesión se ve limitado.

La novedad del modelo actual radica en la aplicación de los métodos de evaluación, estructuración y control de los proyectos, y en la asignación de riesgos. Se trata de una concepción más pragmática: determinar si para ejecutar una actividad pública o prestar un servicio, es mejor que esté a cargo del sector público o del sector privado, desde el punto de vista de la eficacia de gestión de cada parte. A partir de este punto, hay que estructurar el proyecto con la técnica PPP más adecuada, poner en marcha la licitación, seleccionar el mejor contratista y adoptar mecanismos de regulación y control para el futuro.²²³

Adicionalmente, la modalidad PPP ofrece muchas ventajas como modalidad contractual, entre otras, las siguientes:

“i) Los sistemas de CPP permiten la realización de proyectos mediante la utilización de mecanismos de financiamiento privada; ii) En los sistemas de CPP el sector privado aporta sus conocimientos de gestión; iii) Los sistemas de CPP permiten la determinación más precisa del precio final del proyecto; iv) Los sistemas de CPP posibilitan la no imputación a déficit presupuestario de las inversiones realizadas; v) Incremento de las infraestructuras disponibles; vi) El uso de sistemas de CPP pueden suponer una reducción de los costes del proyecto; vii) Entrega de los proyectos y prestación de los servicios dentro de los plazos establecidos; viii) Los sistemas de CPP permiten a la Administración centrar sus esfuerzos en la mejora de los servicios prestados a los ciudadanos y no en la gestión y mantenimiento de inmuebles; ix) Los sistemas de CPP están dirigidos a la satisfacción del usuario. Mayor calidad en la prestación del servicio.”²²⁴

Por consiguiente, la modalidad contractual de los PPP's, a pesar de que en España

²²¹ Mario Garcés Sanagustín. *El control de los contratos en la colaboración público-privada*. http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/45_Control.pdf (acceso: 17/02/2015).

²²² Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II*. 8va. ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo: 2002, p. 12.

²²³ Juan Ramón Cardos, Francisco Alcoba y Juan Ignacio Lema. *Participación Público-Privada en la Provisión de Infraestructuras en Latinoamérica: Dificultades para su Implementación*. http://www.ciccp.es/biblio_digital/V_Congreso/congreso/pdf/010210.pdf (acceso: 17/02/2015).

²²⁴ EURODEFENSE-ESPAÑA. *Oportunidades que ofrece la Colaboración Público Privada (CPP) en el ámbito de la Defensa*. http://www.ceoe.es/resources/image/oportunidades_cpp_ambito_defensa.pdf (acceso: 18/02/2015).

ciertos doctrinarios la analicen no como un verdadero contrato administrativo, sino como una técnica nueva de contratar, una fórmula contractual que unifica varias modalidades de contratos administrativos en uno solo, brinda más beneficios y ventajas que un simple contrato de concesión. Sin embargo, cabe mencionar que a pesar de que los PPP's brinden otros beneficios y ventajas que el contrato de concesión tradicional, muchas veces el contrato de concesión será una de las modalidades de asociación o colaboración público-privada que se analizó en el capítulo 2.

3.4. Diseño e implementación del contrato PPP en el Ecuador.

En nuestro sistema jurídico, el tema del diseño e implementación de los contratos PPP's es extremadamente delicado. El primer elemento que las partes deben considerar en la negociación de este tipo de contrato, es estipular clara y detalladamente los derechos y obligaciones de cada una de ellas. La experiencia en la celebración de contratos con el Estado ecuatoriano, indica que se debe prever la mayor cantidad de contingencias, que se puedan suscitar, y concordantemente, los mecanismos necesarios para solucionar cada uno de los eventos. Adicionalmente, el siguiente tema que debe ser de extrema delicadeza en el presente caso, es en cuanto a los riesgos y su adecuada distribución entre las partes.

Bajo ningún concepto debe el Estado garantizar contractualmente al delegatario flujos, tráfico, cargas, pasajeros, o cualquier clase de factor de demanda del mercado, ya que por su propia naturaleza ese es un riesgo que corresponde tomar al privado; realizamos esta precisión por cuanto se han observado casos de delegaciones en nuestro país en los cuales se ha garantizado una demanda o una rentabilidad mínima al particular, derivando como es lógico y previsible en la compensación económica por parte del Estado al delegatario por la ruptura del equilibrio económico financiero del negocio, al incumplirse las previsiones garantizadas por el delegante.²²⁵

Parte del diseño y la implementación del contrato PPP's en el Ecuador, es importante mencionar que muchos otros países ya tienen experiencia en el tema, países especialmente como España y Chile. En el caso de España, la ayuda que puede brindar la Unión Europea es extremadamente importante para que implemente mecanismos público privados bajo la propia Unión Europea, consiguiendo excelentes resultados, incluso en situaciones económicas difíciles. En el caso de España, en el año 2012 (en el medio de una grave crisis económica) pudo conseguir “el primer contrato público-

²²⁵ Vianna Maino. *Mecanismo de Asociación Público-Privado*. Óp. cit., p. 182.

privado de la alta velocidad española, que incluye la señalización ferroviaria del tramo Albacete-Alicante, se ha conseguido cerrar en tiempo récord (en tan solo 5 meses)”²²⁶.

La experiencia acumulada durante estos últimos años nos ha demostrado cómo las CPP, más allá de ser exclusivamente una técnica contractual que permite hacer partícipe al sector privado en el diseño y la implementación de políticas públicas, pueden ser considerados como el paradigma de la buena gestión de los proyectos públicos, habida cuenta de que en los mismos confluye un reparto de riesgos muy equilibrado, de forma que cada socio asume los compromisos para los que está mejor preparado. Se están haciendo, asimismo, importantes esfuerzos institucionales por parte de la UE por convencer a los diferentes Estados Miembros de las enormes posibilidades que nos brindan las CPP, siendo un buen ejemplo de ello tanto la Comunicación de la Comisión Europea de 19 de noviembre de 2009 como el Dictamen del Comité de las Regiones de 5 de octubre de 2010, de los que se desprende que la colaboración público privada puede suponer un impulso adicional para que una serie de proyectos clave logren objetivos estratégicos comunes, como la lucha contra el cambio climático; el fomento de las fuentes de energía renovables, la eficiencia energética y el uso eficiente de los recursos; el apoyo al transporte sostenible; una atención sanitaria asequible y de alto nivel; o la realización de grandes proyectos de investigación, como las Iniciativas Tecnológicas Conjuntas, que aspiran a consolidar el liderazgo europeo en tecnologías estratégicas.²²⁷

En cuanto a la aplicación e implementación del contrato PPP en el Ecuador, considero que se necesita contar con la unificación de varios elementos y factores, tales como transparencia en la ejecución del proyecto (en todas las etapas del proceso, precontractuales, contractuales y/o de adjudicación). En este sentido, lo más adecuado para la implementación de ésta modalidad es mediante convocatoria pública. Adicionalmente, se debe seguir un procedimiento similar para la revisión y apertura de ofertas económicas, pliegos de licitación y selección de adjudicatario en función de los pliegos.

Finalmente, es indispensable que el Estado analice técnicamente cada uno de los proyectos que se le presenta, sean de iniciativa pública o de iniciativa privada. A pesar de que la modalidad PPP brinda beneficios en el ámbito social, económico y jurídico, eso no quiere decir que el Estado deba apoyar a todos y cada uno de los proyectos. “La selección de los proyectos de asociación que se licitarán debe realizarse con absoluta

²²⁶ Mario Garcés Sanagustín. *El control de los contratos en la colaboración público-privada*. http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/45_Control.pdf (acceso: 17/02/2015).

²²⁷ Borja Colón de Carvajal Fibla. *La Ley de Contratos del Sector Público: un análisis profundo de los importantes cambios que se avecinan*. 1era. ed. Valencia, Bubok Publishing, S.L., 2010, p. 47.

cautela, basando la decisión en la calidad y sustentabilidad de éstos a través del tiempo.”²²⁸

Los proyectos de asociación que se liciten deben reflejar alta calidad. Los estudios que soporten el proyecto deben reunir análisis profundos de la demanda, la calidad del negocio, la línea base ambiental, la percepción de la comunidad sobre el proyecto y el impacto territorial del mismo, así como evaluaciones financieras y económicas debidamente sustentadas. Este método de estructurar los proyectos presenta muchas ventajas también para el sector privado porque le permite realizar una evaluación adecuada de costos y riesgos, lo que redundará en menor costo del proyecto y mayores beneficios para los usuarios. El sistema facilita además que los licitantes que no resulten adjudicatarios, incurran en escasos costos para presentar sus ofertas, al no requerir estudios propios para estos efectos.²²⁹

3.5. ¿Qué cambios se requieren para impulsar el uso de las PPP's en el Ecuador?

La modalidad de contratos PPP's requieren ser impulsados en el Ecuador, no solo como un nuevo modelo contractual sino como una alternativa en busca de inversión privada que, conjuntamente con el Sector Público, se puede lograr proyectos de desarrollo y beneficio social. Sin embargo, el primer paso para impulsar la utilización de las PPP's en el Ecuador, es introducir dicha modalidad contractual en el sistema ecuatoriano. Sin embargo, el tema crucial en cuanto a la introducción de esta modalidad contractual es en cuanto a la decisión política que se requiere. Es importante pensar que el primer paso como decisión política de implementación de esta modalidad, es mediante la expedición del reciente Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada.

En este sentido, es necesario no solamente que se haga una mención en el ámbito legal, sino también en el ámbito económico, financiero, y sobretodo en el sector de contratación pública. Adicionalmente, dentro del proyecto de socializar el concepto de las PPP's, es importante mencionar no solo los beneficios financieros o económicos o incluso legales; sin embargo, también cabe mencionar el rol que juegan estas modalidades contractuales en temas políticos, tales como la reducción de la carga política en temas tan delicados que ocurrieron en el pasado, tales como las privatizaciones o incluso ciertas concesiones. En este sentido y como se explico anteriormente, las PPP's no deben confundirse con privatizaciones que atentan a la

²²⁸ Vianna Maino. *Mecanismo de Asociación Público-Privado. Óp. cit.*, p. 179.

²²⁹ Vianna Maino. *Mecanismo de Asociación Público-Privado. Óp. cit.*, p. 191.

soberanía del Ecuador, o los sectores estratégicos determinados anteriormente. En las PPP's no existe un traspaso de derechos, sino una delegación de facultades, como se analizó anteriormente.

En cuanto a modificaciones legales que se deban realizar, por el momento, a pesar de que la normativa que rige actualmente a dicha modalidad contractual no es enteramente completa en comparación a legislaciones tales como las de Brasil, Perú, Francia o México donde cuentan con mas de dos o tres cuerpos legales sobre ésta materia, considero que en el Ecuador, se dio un paso muy importante en cuanto a tener al menos un reglamento que regule esta modalidad contractual, al menos de cierta manera. Esto no quiere decir, que a futuro se requiera una Ley que desarrolle a profundidad ciertos temas que son necesarios en un sistema positivo como el ecuatoriano.

4. Conclusiones y Recomendaciones:

La aplicabilidad de las asociaciones y convenios público privados en el Ecuador conlleva muchos factores y elementos que se deben tener cuenta:

En primer lugar, las asociaciones y convenios público privados son “la conjunción de capitales públicos y privados para el desarrollo de un fin común.”²³⁰ En este sentido, técnicamente se encuentran entre la privatización y la concesión, es decir, entre lo enteramente público y lo enteramente privado. Como se pudo apreciar, éste modelo de asociación, “es la creación de un vehículo o de un proyecto, en conjunto, entre un órgano público y un sujeto privado, mediante aportes mutuamente acordados.”²³¹

En el capítulo 2 se analizó a los PPP’s, los tipos que existen, las diferencias con otras modalidades contractuales y demás. Sin embargo, cabe realizar un sucinto análisis de los beneficios que brindan los PPP’s. “Desde el punto de vista económico y fiscal, las PPP entregan mayor valor por el dinero; éste es el argumento “*value-for-money*” (en adelante “VFM” o “VpD”) que ha sido uno de los motivos más importantes alegados para avanzar en este tipo de colaboración.”²³² Continuado con el análisis, se debe tomar en cuenta que generalmente, cuando participa el sector privado, se consigue maximizar la eficacia y minimizar los costes del proyecto. Finalmente, cabe mencionar, que desde el punto de vista fiscal “se considera que la asignación de riesgos es más óptima cuando interviene el sector privado.”²³³

[E]l sector público obtiene recursos escasos del sector privado para proyectos necesarios sin aumentar sus propios gastos o sus impuestos, porque parte de estos gastos no aparecen en las cuentas públicas. Ésto gana atractivo en una etapa de grandes déficits públicos y presiones para cumplir criterios de déficit público mientras se mantienen programas sociales, o para reducir un endeudamiento excesivo.²³⁴

Por otro lado, cabe analizar las PPP’s en el ámbito económico. Podemos considerar que generalmente, el sector privado es más rápido, eficiente, moderno y contiene en

²³⁰ Javier Robalino Orellana. “Los asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”. *Óp. cit.*, p 1.

²³¹ *Ibíd.*

²³² Gayle Allard y Amanda Trabant. La tercera vía: en la frontera entre público y privado, pp. 14-15 <https://www.pwc.es/en/crecimiento-inteligente/assets/tercera-via.pdf> (acceso: 5/11/2014).

²³³ *Ibíd.*

²³⁴ *Ibíd.*

know-how, para casos de producción y gestionar obras o proveer servicios. En este sentido, el sector privado “ofrece un acceso a capital en mercados internacionales y un apoyo a mercados de capital locales que son más difíciles e incluso imposibles de conseguir, en algunos casos, para el sector público.”²³⁵

Además, y por último, las PPP ofrecen un nuevo papel para el gobierno y un nuevo formato para captar todas las ventajas enumeradas arriba. La opción de la privatización permite obtener las ventajas económico-financieras y tecnológicas en muchos casos, pero obliga al gobierno a ceder sus responsabilidades sobre la provisión de servicios públicos que muchas veces son esenciales en la vida de los ciudadanos, como son las prisiones, la educación o la sanidad. [...] Con la PPP, en vez de transferir simplemente sus responsabilidades al sector privado, el gobierno sigue ejerciendo un papel activo mientras se beneficia del apoyo y la experiencia del sector privado. Se considera que para el país que consigue encontrar este equilibrio entre las ventajas que ofrecen los sectores público y privado, el resultado global debería ser una provisión de servicios públicos más estable, más eficaz, menos costosos y de mejor calidad para sus ciudadanos.²³⁶

Toda vez que hemos analizado rápidamente a las PPP's y sus beneficios, cabe analizar la aplicabilidad (si es que cabe) de estos modelos contractuales en la legislación ecuatoriana. El primer tema, antes de determinar si es que es posible la aplicabilidad este modelo contractual, es saber si estos tipos de contrato son un contrato administrativo o no de conformidad al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El primer elemento que se debe considerar es que en el Ecuador, no existe una Ley que establezca, de manera taxativa, que contratos son y no son administrativos, como ocurre con la Ley de Contratos del Sector Público en España. En este sentido, debemos volver al concepto de contrato administrativo que establece el ERJAFE en su artículo 75, y manda lo siguiente: “Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.”²³⁷ Como se puede apreciar, la definición de contrato administrativo contempla que cualquier “acto” o “declaración multilateral” que produce efectos jurídicos, y de la cual, una de las partes se encuentra en el ejercicio de la función administrativa. Es decir, podemos atrevernos a considerar, de conformidad al artículo 75 del ERJAFE, que cualquier contrato, que produce efectos

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 75. Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002.

jurídicos y una de las partes se encuentra en ejercicio de la función administrativo, es un contrato administrativo. En el presente caso, podemos empezar considerando que una de las partes en un contrato de asociación o colaboración público privado, necesariamente tiene que intervenir la Administración Pública, o en términos del artículo 75, una de las partes tiene que estar en ejercicio de la función administrativa.

El segundo elemento a considerar es la capacidad asociativa que tiene el Estado. En este sentido, debemos tomar en cuenta el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas mencionado anteriormente. La Ley Orgánica de Empresas Públicas contempla la posibilidad de que dichas empresas, en cumplimiento de sus fines y objetivos, puedan celebrar los contratos que sean necesarios, incluyendo el contrato de “cualquier tipo de asociación” o “alianzas estratégicas” con el sector privado, a nivel nacional o internacional, en el marco de las disposiciones de artículo 316 de la Constitución del Ecuador, el cual fue analizado anteriormente. Por consiguiente, el Estado, a través de las empresas públicas, puede celebrar cualquier tipo de contrato, incluyendo el de asociación, para el cumplimiento de sus fines. Cabe complementar lo mencionado anteriormente, con el artículo 67²³⁸ de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, donde se reconoce a los consorcios y asociaciones como vehículos contractuales.

El tercer elemento se refiere a la actuación del Estado, su personalidad jurídica y la posible existencia de una doble esfera de actuación del Estado. Antiguamente se creía que el Estado podía actuar como parte contractual, con las prerrogativas que conlleva al Estado (tales como cláusulas exorbitantes y demás) y actuar como un privado más en contratos civiles. A la primera modalidad contractual se le denominaba “Contratos Administrativos” y a la segunda modalidad “Contratos de Simple Administración”. Sin embargo, esta distinción ha sido superada, tomando en cuenta de que no es posible que el Estado aplique una dualidad de personalidad jurídica y actuar bajo ciertas condiciones en ciertos contratos como una entidad estatal, y en otros contratos como

²³⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 67. Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008.

un ente privado común y corriente. En este sentido, el Dr. Juan Carlos Cassagne considera lo siguiente:

En suma, ni siquiera aceptando la posibilidad de una doble esfera de actuación del Estado (en el campo del derecho público y el del derecho privado) la personalidad de éste admite desdoblamientos, porque "de la naturaleza de las actividades no se puede concluir fundamentalmente que haya una dualidad de seres o personas y ello aun cuando se admita que la distinta naturaleza de sus actos deba estar sometida a regímenes también diferentes."²³⁹

Consecuentemente, tomando en cuenta que existen razones para considerar que el contrato de asociación público privado es un contrato administrativo, debemos tomar en cuenta uno de los efectos que se despliegan de dicho contrato y es en cuanto a la resolución de controversias entre las partes de un contrato de asociación público privada. La Ley de Modernización del Estado establece expresamente que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo deben conocer y resolver, (en el presente caso) cualquier contrato que haya sido "suscrito o producido por las entidades del sector público". En el presente caso, debemos tomar en cuenta el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado que manda lo siguiente:

Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. [...]

La otra posibilidad que contempla la Ley es que el Estado acuerde una cláusula de resolución de controversias, en la que se pacte mediación y/o arbitraje. En este sentido, y tomando en cuenta que el estado es una de las partes del contrato PPP's, requeriría autorización por parte del Procurador General del Estado, de conformidad al artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Por otro lado, en el capítulo tercero se analizó las diferencias que existen entre el contrato de concesión y los PPP's. Sin embargo, cabe mencionar los beneficios que los PPP's pueden ofrecer, a diferencia del contrato de concesión. Podemos resumir los beneficios de la siguiente manera:

²³⁹ Juan Carlos Cassagne. *Derecho Administrativo, Tomo II. Óp. cit.*, p. 48.

La colaboración entre sector público y privado no es nueva en el mundo, la contratación o concesión de ciertos bienes o servicios a manos de capitales privados ha sido una constante en el orbe, pero la diferencia sustancial entre esos esquemas de adquisición de infraestructura o prestación de servicios con los PPS es, sin lugar a dudas, el financiamiento privado sustancial y el modelo de retorno de la inversión, además de la gestión del proyecto y la distribución del riesgo y las penalizaciones por los incumplimientos de la contratación.²⁴⁰

De lo expuesto anteriormente, podemos definir que no solo el contrato de concesión es distinto a los PPP's, sino que además, los beneficios y características de cada uno de éstos, son distintos. En el capítulo 3 se pudo analizar las diferencias y ciertas similitudes que cada modalidad contractual tiene. Sin embargo, cabe concluir, y apoyarse en la doctrina mencionada anteriormente, que dichas modalidades contractuales no solo son distintas, sino que también acarrearán beneficios distintos.

De conformidad a lo expuesto, sería recomendable la expedición de una ley (similar a la Ordenanza 401 analizada en el capítulo 3) que regule ciertos temas de dicha modalidad contractual. Dicha ley debe tener como objeto la regulación de los proyectos sociales público privados para el desarrollo, incluyendo las asociaciones públicas-privadas, empresas de economía mixta, y los contratos para los proyectos público-privados, para la participación idónea del sector privado en la prestación de servicios y la realización de obras públicas. Por otro lado, se debe reglamentar temas adicionales, tales como la motivación precontractual, la iniciativa que tiene cada determinado proyecto (tal como se analiza en las Ordenanzas 306 y 401), y el plazo de duración de cada contrato. Adicionalmente, en cuanto al contrato, dicha Ley debe mencionar las cláusulas mínimas que cada contrato deba tener para que despliegue todos sus efectos, tales como: i) Sanciones aplicables a las partes, en caso de incumplimiento de contrato, ii) Distribución de riesgos entre las partes, incluidos los relacionados con circunstancias imprevistas y de fuerza mayor, incluyendo aquellos relacionados con el *ius variandi* o el hecho del príncipe; iii) Mecanismos para la preservación de la continuidad de los servicios o actividades estratégicas; iv) Garantías y seguros correspondientes; v) Criterios objetivos para evaluar el desempeño del contratista y del proyecto de conformidad con el VpD; vi) Derechos y obligaciones de las partes, vii) Cláusulas de

²⁴⁰ Arturo Guillén Castro. *Ley de Asociaciones Público Privadas, análisis*. http://www.legis.com.mx/bancoconocimiento/a/articulo_de_opinion_-_ley_de_asociaciones_publico_privadas/articulo_de_opinion_-_ley_de_asociaciones_publico_privadas.asp (acceso: 20/02/2015).

terminación del contrato; viii) Cláusula de solución de controversias, entre otras. Adicionalmente, dicha Ley debe reglamentar el tema de la licitación y los derechos del consumidor de los usuarios que reciben el servicio o la obra.

Considero que las asociaciones y convenios público privados son una alternativa, un vehículo que reduce el riesgo político que durante la década de los noventa, tuvo las delegaciones y las privatizaciones. Mediante una PPP, no se vulnera el principio de soberanía, propiedad o bienes por parte de Estado. Por otro lado, permite que el sector privado pueda aportar sus recursos, tales como el financiamiento y el *know-how*. Sin embargo, lo importante de ésta modalidad contractual es que no solo abre las puertas a mayor inversión, sino que además, cabe la posibilidad de que el sector privado no solo construya un bien o provea un servicio bajo un contrato de concesión tradicional, sino que se comprometa con el proyecto que esta emprendiendo, como socio estratégico, con el Estado.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, considero que los PPP's son una medida equilibrada entre lo puramente privado y lo puramente público, que puede beneficiar no solo al Estado por sus beneficios en términos legales, sino que beneficia también a los administrados. Con una adecuada distribución de riesgos, el establecimiento de condiciones adecuadas para las partes, voluntad política por parte de la Administración Pública y seguridad jurídica que otorgue estabilidad a la inversión extranjera, hace no solo atractivo la modalidad contractual, sino que el Estado podrá fomentar el desarrollo de éstos proyectos sin que haya un riesgo político, o repercusiones para el sector privado o incluso el sector público.

5. Bibliografía:

- ALLARD, Gayle y Trabant, Amanda. “*La tercera vía: en la frontera entre público y privado.*” <https://www.pwc.es/en/crecimiento-inteligente/assets/tercera-via.pdf>.
- ALSHAWI, Mustafá. “*Concept and background to public private partnership (PPP)/ Private Finance Initiative (PFI) UK Experience.*” Web: <http://www.oecd.org/mena/47562550.pdf>
- ANDERSEN, Henrik. *et al.* (comps.). “*Public Private Partnerships. An international analysis – from a legal and economic perspective.*” 1era. Ed. China: EU Asia Inter University Network, 2010.
- ARMANDO ARAUJO, Diego. “*The World Bank. Revised CPAR Procedures.*” Web: <http://siteresources.worldbank.org/PROCUREMENT/Resources/cpar.pdf>
- BERÇAITZ, Miguel. “*Teoría General de los Contratos Administrativos.*” Buenos Aires: Editorial Depalma, 1980.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “*La colaboración público privada institucional.*” Web: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/Documentos/docs/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Numero_37/04_Bernal.pdf
- BOSCH, Martín. “*El Elemento Subjetivo en los Contratos Administrativos.*” Web: http://www.estudiobosch.com/publicaciones/publicacion_21.pdf
- CALAFELL, Jorge Enrique. “*La teoría del Acto Administrativo.*” Web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/24/pr/pr4.pdf>, p.130
- CARDOS, Juan Ramón, Alcoba, Francisco y Lema, Juan Ignacio. “*Participación Público-Privada en la Provisión de Infraestructura en Latinoamérica: Dificultades para su implementación.*” Web: http://www.ciccp.es/biblio_digital/V_Congreso/congreso/pdf/010210.pdf.
- CASSAGNE, Juan Carlos. “*Derecho Administrativo, Tomo II.*” Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- CASSAGNE, Juan Carlos. “*Sobre los contratos de Asociación Pública Privada (PPP) en Argentina*”. Artículo publicado en: Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, 2012.
- CHARTER INSTITUTE OF PROCUREMENT & SUPPLY. *Private Finance Initiatives (PFI).* Web: <https://cips.org/Documents/Resources/Knowledge%20Summary/Private%20Finance%20Initiatives.pdf>.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “*El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)*”. Web: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1095/contr_publicos_17_chinchilla.pdf?sequence=1.

- COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, Borja. “*El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Una aproximación a su verdadera utilidad*”. Revista Contratación Administrativa Práctica No. 85, (2010).
- COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, Borja. “*El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en el ordenamiento jurídico español: orígenes, características y naturaleza de una experiencia exitosa.*” Web: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho-Administrativo/200910-43829474723947563.html>
- COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, Borja. “*La Ley de Contratos del Sector Público: un análisis profundo de los importantes cambios que se avecinan*”. 1era. ed. Valencia, Bubok Publishing, S.L., 2010.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones.* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=ES>
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN. “*Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*”. 1era. ed. Valladolid: EFR, 2011. p. 610.
- DAVIES, Steve y Fairbrother, Peter. “*Private Finance Initiative (PFI) and Public Private Partnerships (PPPs): Definitions and Sources.*” Web: <http://www.cardiff.ac.uk/socsi/resources/wrkpaper39.pdf>
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Dirección de infraestructura y energía sostenible de la República de Colombia. Asociaciones Público Privadas – APP- en Infraestructura en Colombia. Web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Presentaci%C3%B3n%20GIP%20Cali%2028102013.pdf>
- DEWULF, Geert, Blanken, Anneloes y Bult-Spiering, Mirjam. “*Strategic Issues in Public-Private Partnerships.*” Chichester, West Sussex: Wiley. 2011.
- DROMI, Roberto. “*Derecho Administrativo.*” 12va Edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- DROMI, Roberto. “*Tratado Derecho Administrativo.*” Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1998.
- ECHARRI, Alberto, et al. “*Joint Venture*”. Madrid: FC Editorial. 2002.
- EMPRESA PÚBLICA CEMENTERA DEL ECUADOR. Reglamento del Proceso para vinculación de un socio estratégico a la Unión Cementera Nacional. Web: <http://www.cemento.gob.ec/p/concurso-publico-internacional/>.
- ESQUINA SANCHO, Óscar et al. “*Transferencia de Riesgos en las Colaboraciones Público – Privadas en el Mundo. Análisis comparado de las transferencias de riesgos en España. Propuestas de mejora.*” Tesis de Maestría. Universidad Politécnica de Madrid. Madrid, 2012.
- EURODEFENSE-ESPAÑA. “*Oportunidades que ofrece la Colaboración Público Privada (CPP) en el ámbito de la Defensa.*” http://www.ceoe.es/resources/image/oportunidades_cpp_ambito_defensa.pdf

- FISHMAN, Edward y B. McDaniel, James. “*Major legal issues for highway public-private partnerships.*” Web: http://www.pwfinance.net/document/research_reports/Research%20Legal%20NCHRP.pdf
- FITCHRATINGS. “*Asociaciones Público – Privadas: La Próxima Generación en Financiamiento de Infraestructura.*” Informe Especial Financiamiento de Proyectos/Finanzas Públicas. (2004)
- FUERTES FERNÁNDEZ, Adolfo. “*Fundamentos de la colaboración público-privada para dotación de infraestructura y servicios.*” Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras, 2007.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario. “*El control de los contratos en la colaboración público-privada.*” Web: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/45_Control.pdf
- GERECKE, David. “*Project Finance, P3s, Bundling and Joint-Use Projects.*” Web: <http://www.municipalinfrastuctureconference.ca/wp-content/uploads/PDFS/D2/GD2.pdf>
- GERRARD, Michael. “*Public-Private partnerships: What are public-private partnerships, and how do they differ from privatizations.*” Volumen 38, Número 3, 2001.
- GÓMEZ CÁCERES, Diego y Jurado Madico, Juan. “*Financiación global de proyectos. Project finance.*” 1era. ed. Madrid: ESIC Editorial, 2001.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago y Villalba Pérez, Francisca. “*Derecho Administrativo Iberoamericano.*” Granada: Imprenta Comercial Motril, 2005.
- GORDILLO, Agustín. “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo III. Buenos Aires: Fundación Derecho Administrativo, 2004.
- GORDILLO, Agustín. “*Tratado de Derecho Administrativo*”. Tomo 9, 1ª edición. Buenos Aires, 2014.
- GRIMSEY, Darin y Lewis Mervyn. “*Public Private Partnerships: The Worldwide Revolution in Infrastructure Provision and Project Finance*”. Edward Elgar Publishing Inc: Massachusetts. 2004.
- GUSTAVO PUIG, Alfredo. “*Derecho Administrativo para Ciencias Económicas*”. Web: http://www.economicas.unsa.edu.ar/web/archivo/otros/Derecho_administrativo.pdf
- HECTOR ESCOLA, Jorge. “*Tratado General de Procedimiento Administrativo.*” Buenos Aires: Editorial Depalma, 1981.
- JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán. “*Manual de Derecho Administrativo.*” Loja: Editorial Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1986, p. 52.
- MACDONALD, Susan y Cheong, Caroline. “*The Role of Public-Private Partnerships and the Third Sector in Conserving Heritage Buildings, Sites, and Historic Urban Areas.*” 1era. ed. Los Angeles, Gail Ostergren, 2014.

- MAINO, Vianna. “*Mecanismo de Asociación Público-Privado.*” Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. 2010.
- MARIENHOFF, Miguel S. “*Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IIIA.*” Buenos Aires: Abelado-Perrot.
- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO DE COLOMBIA. “*Manual de Procesos y Procedimientos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público-Privada.*”
<http://www.irc.gov.co/irc/en/investmentbanking/manualappfinal.pdf>.
- MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y PRODUCTIVIDAD DE ECUADOR. “*BP.-008 Empresa Yura S.A. del Perú invertirá 230 millones de dólares en Unión Cementera Nacional.*” Web: <http://www.industrias.gob.ec/empresa-yura-s-a-del-peru-invertira-230-millones-de-dolares-en-union-cementera-nacional/>
- MORALES, Marco. “*La actividad convencional de la administración pública en el Ecuador.*” Tesis doctoral. Universidad Técnica Particular de Loja. Quito, 2010.
- MORENO, Estibalitz. “*Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración.*” Revista Oñati Socio-Legal legal Series Volumen 2, Número 4, (2012).
- MORRIS, Peter y Pinto, Jeffrey K. “*The Wiley Guide to Project, Program, and Portfolio Management.*” 1era. ed. Nueva Jersey, John Wiley & Sons, Inc., 2007.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. “*Contratación Pública.*”
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. “*Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico.*” Bogotá: Editorial Temis, 2005.
- PÉREZ CAMACHO, Efraín. “*Derecho Administrativo.*” Volumen I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- PÉREZ, Efraín. “*Derecho Administrativo, Vol. 2*”. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- PROINVERSIÓN. “*Las Asociaciones Público Privadas en el Perú.*”
http://www.minsa.gob.pe/ogpp/app/doc_complementarios/Asociaciones%20Publico%20Privadas%20en%20Peru.pdf
- PUBLIC PRIVATE INFRAESTRUCTURE ADVISORY FACILITY. “*PPP Basics and Principles of a PPP Framework.*” Web: <http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/Note-One-PPP-Basics-and-Principles-of-a-PPP-Framework.pdf>
- RALL, Jaime, B. Reed, James, y J. Farber, Nicholas. “*Public-Private Partnerships for Transportation. A toolkit for legislators.*” Web: <http://www.ncsl.org/documents/transportation/ppptoolkit.pdf>
- RAMOS REDONDO, Eduardo. “*El Contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado.*” 1era. ed. Madrid: Imprenta Ministerio de Defensa, 2010.
- REYES, Adriana. “*Infraestructura en los Estados*”. Web: <http://www.imcyc.com/cyt/diciembre02/estados.htm>
- RIDAO I MARTÍN, Joan. “*La colaboración entre el sector público y el sector privado en proyectos complejos de infraestructuras y servicios públicos. Una revisión*”

- crítica del marco legal en España.*” Revista Española de Ciencia Política, Núm. 34, (2014).
- RIVAS CASARETTO, María Dolores. “*El control de los Contratos Administrativos.*” Web: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2002/15/15_Control_de_Contratos_Administrativos.pdf
- ROBALINO ORELLANA, Javier. “*El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador.*” Web: [http://www.cesarzumarraga.com/Cesar_Zumarraga/Materiales_files/Marco%20Constitucion%20Der%20Adm%20\(JavierRobalino\).pdf](http://www.cesarzumarraga.com/Cesar_Zumarraga/Materiales_files/Marco%20Constitucion%20Der%20Adm%20(JavierRobalino).pdf)
- ROBALINO ORELLANA, Javier. “*Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica*”. Revista de Derecho, No. 13, Universidad Andina Simón Bolívar (2010).
- ROY, Eleanor. “*The Private Finance Initiative & Public Private Partnerships.*” Web: <http://www.assembly.wales/Research%20Documents/The%20Private%20Financ e%20Initiative%20and%20Public%20Private%20Partnerships%20-%20Research%20paper-30012008-73071/08-005-English.pdf>.
- ROZAS BALBONTÍN, Patricio, Bonifaz, José Luis y Guerra-García, Gustavo. “*El financiamiento de la Infraestructura. Propuestas para el Desarrollo Sostenible de una Política Sectorial.*” 1era. ed. Santiago de Chile, 2011.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. “*Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II*”. 8va. ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo: 2002.
- SOLHEIM-KILE, Espen. *et al.* “*Characteristics of Public-Private Partnerships in Norway.*” Web: <http://iglc.net/Papers/Details/987/pdf>.
- THE CANADIAN COUNCIL FOR PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS. “*Models of Public-Private Partnerships.*” <http://www.pppcouncil.ca/resources/about-ppp/models.html>
- THE UNITED STATES CHAMBER OF COMMERCE. “*From International to Interstates: Assessing the opportunity for Chinese Participation in U.S. Infrastructure.*” https://www.uschamber.com/sites/default/files/legacy/reports/ChinaInfrastructure_Final.pdf
- TORRÉ, Abelardo. “*Introducción al Derecho*”. Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- TYSON BUILDING CORPORATION. *Design-Build, Design-Bid-Build and Contract Management. How to select the one that is right for you.* <http://www.tysonbuilding.com/images/SelectingProjectDelivery.pdf>.
- U.S. DEPARTMENT OF TRANSPORTATION. “*User Guidebook on Implementing Public-Private Partnerships for Transportation Infrastructure Projects in the United States.*” http://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/ppp_user_guidebook_final_7-7-07.pdf
- UNIÓN EUROPEA. “*Basic Joint Venture Model.*” 2013, p. 5. http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc_id=4564

- UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE. “*Guidebook on promoting Good Governance in Public-Private Partnerships.*” <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf>
- VALDIVIESO CAÑAS, Alberto. “*El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de ley de contratos del sector público.*” Web: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/45_MarcoLegal.pdf
- VALLÉS FERRER, José y Cazallo Antúnez, Ana María. “*Los contratos de colaboración público-privado*”. Revista Reflexiones Sevilla Número 8, 2008.
- VASALLO MAGRO, José Manuel y Izquierdo de Bartolomé, Rafael. “*Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España.*” 1era. ed. CAF, 2010.
- VASALLO MAGRO, José Manuel y Villar Cruz, Pablo Pérez. “*Diez años de peaje sombra en España*”. Revista de Obras Públicas No. 3.506 (2010).
Web: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm
- WORLD BANK GROUP. “*Concesión, Proyectos de Construcción-Operación-Traspaso (BOT), Proyectos de Diseño-Operación-Construcción (DBO).*” Web: <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/acuerdos/concesion-construccion-operacion-traspaso>
- ZEGRAS, Christopher. “*Participación del sector privado en la provisión de infraestructura de transporte urbano*”. División 44, Medio ambiente e Infraestructura, (2006).
- ZHIRONG ZHAO, Emily Saunoi-Sandgren y Avital Bernea. “*Advancing Public Interest in Public-Private Partnership of State Highway Development.*” http://www.pwfinance.net/document/research_reports/Research%20Misc%20Advancing.pdf

6. Plexo Normativo.

Código Civil ecuatoriano. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Constitución de la República del Ecuador. Artículos 315 y 316. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002.

Ley de Compañías. Publicada en el Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

Ley de Hidrocarburos. Decreto Supremo 2967 Publicada en el Registro Oficial No. 711 del 15 de noviembre de 1978.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Publicada en Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria. Publicada en el Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo de 2011.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, LOEP. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 48 de 16 de octubre de 2009.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008.

Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Publicada en el Registro Oficial No. 346 de 28 de diciembre de 1993.

Ordenanza Municipal 301. Publicada en el Registro Oficial No. 39 de 2 de octubre de 2009.

Reglamento a la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero. Publicada en el Registro Oficial No 690 de 24 de octubre de 2002.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009.

Reglamento del Régimen de Colaboración Público-Privada en el Ecuador. Publicado en el Registro Oficial No. 453, de fecha 6 de marzo de 2015.

Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 581, de fecha 2 de diciembre de 1994.

Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo No. 083-2004-PCM)