

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

**Asociaciones público-privadas y
concesiones administrativas**

Ximena Vera Fernández

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de abogada

Director:

Juan Pablo Aguilar

Quito, 10 julio de 2017

© 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: Ximena Vera Fernández

Código: 00103352

Cédula de Identidad: 1312271743

Lugar y fecha: Quito, julio de 2017

Agradezco a:

*A Dios, que me enseña todos los días que no hay ley más poderosa que el amor
A mi abuela Rosa, tus mimos para ayudarme a vestir cuando era pequeña los sigo
sintiendo aquí, jamás los olvidaré.*

*A mi Ángel, por sostener mi mano cuando más lo necesité
A mis padres, por haber estado incluso cuando no lo merecía*

Resumen

Este trabajo de investigación trata de analizar si la Ley Orgánica de Incentivos a las Alianzas Público Privadas introduce cambios sustanciales al ordenamiento jurídico ecuatoriano; consta de tres partes delimitadas de la siguiente manera: la primera parte consiste en estudiar, analizar y proponer los conceptos doctrinarios básicos sobre las asociaciones público- privadas y las concesiones administrativas.

El segundo capítulo fundamenta el estudio, análisis y propuesta de ambas figuras, en referencia a la Ley de Modernización del Estado y a la Ley de Incentivos a las Alianzas Público Privadas.

Planteados dichos conceptos, se procede a realizar un contraste a profundidad entre ambas figuras, para finalmente determinar si, a la luz la doctrina internacional y la legislación, la nueva Ley constituye o no un cambio sustancial al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Este análisis se desarrolla en el tercer capítulo.

Palabras clave: Alianzas público privadas, concesiones administrativas, Ley de Incentivos

Abstract

This investigation tries to analyze if the Public- Private Partnership Incentives Law has introduced new changes into the Ecuadorian legal system. It has three parts organized in this way: the first part studies, analyses and propose the basic doctrinaires concepts about the Public- Private Partnership and Administrative Concessions.

The second chapter studies, analyses and propose both figures but this time on reference to the Modernization Law and the Public- Private Partnership Incentives Law.

Raised those concepts, this investigation proceed to analyze the contrasts between both figures, to finally determine if, according to the international doctrine and the law, this new Law introduce substantial changes into the Ecuadorian legal system. This review is done on the third chapter of this investigation.

Key Words: Public- Private Partnerships, administrative concessions, Incentives Law.

Índice

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: LA CONCESIÓN Y LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	3
1.1 La concesión.....	3
1.1.1 Definición	3
1.1.2 Origen	5
1.1.3 Clases de concesión	6
1.1.4 Características.....	7
1.2 Alianza público-privada	10
1.2.1 Definición	11
1.2.2 Origen	13
1.2.3 Clases.....	15
1.2.4 Características.....	19
CAPÍTULO 2: RÉGIMEN LEGAL DE LA CONCESIÓN EN LA LEY DE MODERNIZACIÓN Y DE LAS ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS EN LA LEY APP.....	21
2.1 La delegación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	21
2.1.1 Definición	21
2.1.2 Las normas jurídicas sobre la delegación	23
2.2 Régimen jurídico de la concesión	25
2.2.1 Definición	25
2.2.2 Clases.....	26
2.2.3 Procedimiento.....	26
2.3 Régimen jurídico de las APP	28
2.3.1 Definición	28
2.3.2 Clases.....	31
2.3.3 Elementos	32
2.4 Diferencias y semejanzas entre la concesión y la APP en la legislación ecuatoriana	35
CAPÍTULO III: DEFICIENCIAS DE LA REGULACIÓN DE LAS APP EN EL ECUADOR.....	37
3.1 La regulación sobre las APP no es novedosa.....	37
3.1.1 El tipo contractual no tiene ninguna diferencia sustancial	37

3.1.2	No se regulan los tipos de APP y aunque estuvieran regulados no constituyen un cambio sustancial.	40
3.1.3	Procedimiento de adjudicación es el mismo.....	41
3.2	La regulación sobre las APP tiene vacíos	44
3.2.1	Carencias institucionales	45
3.2.2	Carencias operativas	48
3.2.3	Carencias legales: ¿es verdaderamente necesaria una ley?	50
3.3	Los posibles peligros de una regulación ambigua.....	52
3.3.1	La vulneración a la excepcionalidad constitucional del régimen de delegación a la iniciativa privada	52
3.3.2	Poderes exorbitantes al ejecutivo	54
3.3.3	Potencial arbitrariedad del Estado	55
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES		58
BIBLIOGRAFÍA		61

Introducción

En octubre de 2015, se aprobó la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extrajera (en adelante Ley APP), la cual busca dinamizar la economía del país a través de la promoción de la inversión nacional y extranjera. Esta ley tiene como objetivo principal incentivar los emprendimientos que se ejecuten bajo esta modalidad, aplicando incentivos tributarios y beneficios a los gestores privados.

Sin embargo, este nuevo cuerpo normativo no se diferencia sustancialmente de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (en adelante Ley de Modernización) que fue promulgada en el año 1993. Este hecho puede significar el encuadramiento de una Ley en una ideología política que tiene como objetivo alejarse del modelo neoliberal que fue implantado en años anteriores, y mas no en una tendencia que comprenda una innovación al ordenamiento jurídico ecuatoriano, temas que este trabajo pretende estudiar.

En esta investigación se intentará argumentar que la Ley APP presenta deficiencias por cuanto no aporta cambios sustanciales al ordenamiento jurídico ecuatoriano, en cuanto a conceptos, tipologías y procedimiento. Además presenta vacíos de carácter institucional, operativo y legal que al final del análisis permiten cuestionarse sobre la real necesidad de la ley. Tanto las deficiencias en novedad y estructura de la ley permiten concluir que, potencialmente, la ley puede dar origen a la arbitrariedad y al abuso por parte del Estado en la delegación de los servicios públicos a sector privado.

El objetivo de la investigación es probar de manera analítica y en base a la doctrina que la Ley APP no es novedosa y presenta deficiencias, ya que regula aspectos que ya existían en el ordenamiento jurídico ecuatoriano o ya se utilizaban y, además, es incompleta por los vacíos legales que presenta.

Para realizar este trabajo se hizo una revisión de la doctrinaria y la literatura especializada de derecho administrativo, se analizó la normativa ecuatoriana sobre la delegación de los servicios públicos en base al estudio de la concesión y del régimen de colaboración público privada, y se tomó como marco referencial algunos cuerpos legales de otros países.

Este trabajo está conformado por tres capítulos: un primer capítulo que explica la parte teórica-doctrinaria que rodea tanto a la concesión como a las asociaciones público-

privadas (en adelante APP), en el cual se explican definiciones, origen de ambas figuras, clasificación y características principales, para finalizar realizando un contraste doctrinario sobre ambas figuras. En el segundo capítulo, se aborda netamente el entorno legal que rodea a las concesiones y APP específicamente en Ecuador; por ende se empieza explicando la figura de la delegación constitucionalmente reconocida para luego ir explicando el marco legal de las figuras materia de esta investigación. En el tercer capítulo, que constituye la parte fundamental de este trabajo, confluyen todos los elementos analizados en los capítulos 1 y 2 y se profundizará sobre las deficiencias de la Ley. Esta investigación concluye con el resumen de sus principales resultados.

Capítulo I: La concesión y las asociaciones público-privadas en el derecho administrativo

En este primer capítulo se pretende analizar la concesión y caracterizar las APP, que son forma de delegación a la iniciativa privada, en un ámbito teórico-doctrinario. Este estudio pretende diferenciar las dos figuras de derecho administrativo, lo que servirá de base para estudiar y evaluar la regulación ecuatoriana sobre la concesión y las APP y, de este modo, evidenciar las deficiencias en la Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas, en la última parte de este estudio.

1.1 La concesión

Es esta parte se define, se establece el origen, las clases y las características de la concesión, con el fin de, en la última parte de este capítulo, poder diferenciarla conceptualmente de las APP y, luego, estudiarla en el derecho administrativo ecuatoriano.

1.1.1 Definición

La concesión administrativa es la modalidad de delegación a la iniciativa privada por excelencia, por el cual el Estado, manteniendo su titularidad de prestación de servicios públicos, adjudica a un sujeto de derecho privado la tarea de prestar un servicio público o de ejecutar una obra¹. De manera general, la concesión tiene como base la ejecución de una obra o la provisión de un servicio, tradicionalmente de manera indirecta; cuya forma más conocida es la concesión propiamente dicha, dejando claro que en cualquier caso la titularidad le pertenece al Estado². En la doctrina se define a la concesión como:

[...] el acto por el cual la administración pública le transfiere a otro sujeto de derecho normalmente, un sujeto de derecho privado, sea persona física o jurídica un poder o derecho propio o no que el segundo no tenía antes. La concesión confiere un

¹ Vargas, Morgado Jorge. “Marco Constitucional de las Concesiones administrativas”. *La Constitución y el Derecho Administrativo*. Fernandez Ruiz Jorge et al. (coords) México: UNAM. 2015, p. 153

² Rufián Lizana, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. 1er. Ed. Chile: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 11.

estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho, precisamente su característica esencial estriba en caracterizarse en ser un acto administrativo creador de derechos.³

Refiriéndose a esto, Otto Mayer explica que la concesión “es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se da al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración”. Por tanto, la concesión es “un acto administrativo constitutivo de un derecho subjetivo público”⁴. Dicho de otra manera, el Estado, a través de un acto administrativo, le otorga un derecho a un sujeto de derecho privado para realice un encargo. Esta constitución del derecho subjetivo en un contratista, supone que el Estado asume su imposibilidad o incapacidad de prestación de servicios públicos, aceptando la iniciativa privada y delegando la misma, con el objetivo de la satisfacción de necesidades de los particulares.⁵

Por el mismo acto, la administración pública satisface necesidades y sus fines para con los particulares, que ciertamente convierten a la concesión en la forma preferente de colaboración público-privada; por lo que, según Serra Rojas, “ninguna materia como esta ofrece un campo de investigación más amplio para la teoría general del Derecho Administrativo”⁶.

Por otra parte, debido al desarrollo exhaustivo de la figura de la concesión, la doctrina moderna presenta dos acepciones de la palabra concesión: en sentido amplio, se refiere a que la concesión es un acto que *crea* un derecho a favor de un particular o le transfiere un derecho que es inminente a la Administración; y, en sentido estricto, es un acto o contrato que otorga un derecho que es inherente a la Administración y que un particular no tiene⁷.

En resumen y teniendo presente los conceptos anteriormente citados, la concesión es la relación jurídica que le da un derecho a la iniciativa privada para la gestión de un servicio público o una obra pública, en el cual el Estado ejerce un rol de control para que el desarrollo de la misma sea en base de interés público.

³ Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I (Parte General). 1er. Ed. San José: Biblioteca Jurídica Dike, 2002, p.451.

⁴ Villegas Basavilbaso, Benjamín. *Derecho Administrativo*. Tomo IV. Buenos Aires, 1953, p. 223.

⁵ Valdivia Zegarra, Diego. “Concesión administrativa e iniciativa privada”. *Revista de Derecho Temis*. No.39. (1998) p. 101

⁶ Serra Rojas, Andres. *Derecho Administrativo*. 2da edición, México: Editorial Porrúa, 1997, p. 861

⁷ Vargas Fritz, Jose Fernando. “La Concesión de Obras Publicas” *Revista La Ley*, (1997), p. 20.

1.1.2 Origen

La institución de la concesión tiene sus orígenes casi desde el nacimiento del Derecho Administrativo, una vez que se instituyó a los servicios públicos como atribución directa y a titularidad del Estado. En una primera etapa, el Estado tenía un fuerte impacto en el plano económico y social, por lo que la provisión de dichos servicios le fue inherente al Estado, mediante empresas públicas, mixtas o sociedades del Estado⁸. Sin embargo, la tarea de proveer y controlar el servicio se confundía; por lo que la consecuencia directa de dicha confusión era la provisión deficiente y de mala calidad. Por esta razón, surge una segunda etapa del servicio público, que se da en la década de los 90, cuando el Estado abandona el rol de Estado prestador del servicio, para delegar esta función a la empresa privada. Esta etapa se caracterizó por el apogeo del fomento de la iniciativa privada⁹. En esta etapa surge el término objeto de este trabajo de investigación: la concesión.

Una vez que se instituyó a la concesión como forma de delegación de los servicios públicos, la próxima discusión fue acerca de su naturaleza jurídica; dicha disquisición se centró en que se consideró que la concesión es: 1) Un acto contractual, 2) Un acto unilateral o 3) Situación mixta o acto complejo.¹⁰

En cuanto a la teoría del *acto contractual*, esta se refiere a un sector de la doctrina¹¹ que supone que este contrato se deriva del derecho privado¹² debido a la serie de obligaciones bilaterales que se generan a partir de la voluntad de las partes que se encuentran en la relación contractual existente. Esta teoría tiene base en la doctrina clásica

⁸ Salomoni, Jorge. *Teoría General de los servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial AD- HOC, 1999, pp. 352-354.

⁹ Cocuelle, Carina. “Control y Entes reguladores”. *Contratos administrativos*. 1er ed. Farrando Ismael. Buenos aires: Editorial Abeledo Perrot, 2002, pp. 529-531

¹⁰ Olivera Toro, Jorge. *Manual de Derecho Administrativo*. 7ma ed. México: Editorial Porrúa. 1997, p. 224.

¹¹ Por ejemplo, Santamaria de Paredes, Berthélemy Royo Villanova, Mantellini. *Vid. Badell M. Rafael. La concesión administrativa*, Recuperado de http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2000/BolACPS_2000_67_137_219-404.pdf (Acceso: 08/05/2017)

¹² “En este punto, Álvaro Gendin, establece que existe una estrecha relación entre el Estado y el Concesionario; de tal manera, que se obligan de forma recíproca en obligaciones, originando una base contractual del derecho civil”. Calafell, Jorge “Teoría General de la Concesión”. *Revista Virtual Jurídica Anuario, Universidad Autónoma de México*.26 (1996), pp. 215-216. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr19> (Acceso 02/03/2017). *Vid. Berthélemy Henry. Tratado elemental de Derecho Administrativo*. 8va ed. Paris: Editorial Rousseau, 1916, p. 254

civilista¹³, en virtud de la doble personalidad que tenía el Estado para ponerse en lugar de una persona independiente, con lo cual se manejaba en el entorno del derecho privado.

En el otro extremo está la *teoría de la unilateralidad*, en la cual el Estado tiene la total atribución de adjudicar, revocar y manejar todos los elementos del contrato; por lo que, el concesionario no tiene derechos frente al Estado, debido a que éste puede revocar el contrato sin la obligación de indemnización al concesionario¹⁴. Es decir, esta teoría maneja el concepto unilateral de la concesión como un acto del poder público, por lo cual sería un acto netamente administrativo con base en el Derecho Público.

Sin embargo, el pensamiento general y aceptado en general y por este trabajo es la *teoría del acto complejo*, ya que la concesión, sin duda, constituye una combinación de elementos de derecho público y derecho privado¹⁵. Por lo tanto, la concesión es un acto que se materializa en un contrato administrativo en la medida en la que se regula fundamentalmente por el derecho público, aun cuando tenga subelementos como principios de derecho privado.

A continuación, se observarán las clases de concesión que desarrolla la doctrina, para más adelante poder hacer un contraste entre las APP y la concesión, en un entorno netamente doctrinario.

1.1.3 Clases de concesión

Según la doctrina, existen dos clases de concesión: 1) el contrato de concesión de obra y 2) el contrato de concesión de servicio, que en esta sección se definirán a breves rasgos, para tener una base clasificatoria de esta institución.

1) La *concesión de obra* es el contrato administrativo mediante el cual:

[...] la Administración del Estado puede entregar o cometer a un particular la construcción y/o mantenimiento de una obra y concederle su explotación ulterior, facultándolo temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes a utilicen como medio de financiar el costo de aquella¹⁶.

¹³ Valdivia Zegarra, Diego. “Concesión administrativa e iniciativa privada”. *Óp. Cit.*, p. 102

¹⁴ “La sumisión del concesionario a que el Estado le transfiera una porción de las funciones que le corresponden, lleva implícita la idea de una situación de privilegio arbitrario para modificar o revocar el régimen a que está sujeta la concesión, cuando así lo exija el interés público”. Oliveira, Jorge. *Manual de Derecho Administrativo*. 4ta Ed. México. Porrúa, 1976, p. 245

¹⁵ Calafell, Jorge. “Teoría de la Concesión”. *Óp. cit.* p. 217.

¹⁶ Rufián Lizana, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. *Óp cit.*, pp. 24-25

Es decir, el contrato de concesión de obra pública se refiere a un contrato administrativo celebrado entre el Estado y un particular, en virtud del cual, este último asume a su riesgo la ejecución de una obra, a cambio de un derecho a explotar la obra como forma de recuperar su inversión por la ejecución de la misma. Así, por ejemplo, la construcción de una autopista para que luego el concesionario cobre una tarifa a los usuarios para recuperar su inversión.

2) En cambio, la *concesión de servicios públicos* es la figura administrativa en el régimen de la delegación de la prestación de los servicios públicos a la iniciativa privada. La misma puede ser considerada como un ejemplo de la eficacia de la organización estatal, debido a que el Estado, cuando no se encuentra en condiciones económicas estables o por impedimentos políticos, le otorga al privado un derecho para que pueda gestionar un servicio público, de tal manera que un particular realiza una actividad que originalmente le corresponde al Estado¹⁷. De esta manera, la concesión de servicios se define como:

El contrato en la función administrativa en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del concesionario, bajo la vigilancia y control del ente concedente.¹⁸

En pocas palabras, el contrato de concesión de servicios públicos es un contrato administrativo por el cual el Estado delega a un sujeto de derecho privado la prestación de un servicio público, a riesgo de este último, con el derecho de explotar dicho servicio, en virtud de recuperar su inversión. Por ejemplo, el servicio de electricidad que presta un privado a su cuenta y riesgo, para percibir su pago en tarifas cobradas al usuario o subvenciones del Estado.

1.1.4 Características

En el Derecho administrativo existen varias instituciones que son estudiadas por su regularidad. Con el nacimiento y permanencia en el tiempo del término servicio público,

¹⁷ Ramos Peña, Luis Alfonso. “Los servicios públicos y la concesión administrativa” *Lecturas Jurídicas*. Época VI. No. 25. (2011) p. 25

¹⁸ Sarmiento, Jorge. *Concesión de Servicios Públicos*. 1era. ed. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1999, p.83

este se convirtió en el tema más cotizado y; a partir de la idea de la delegación al privado, nace la idea de la gestión indirecta a través de un contrato al que llamamos contrato de concesión de servicios públicos, que, como *contrato administrativo*¹⁹ de naturaleza mixta o compleja, adquirió protagonismo en el estudio en la doctrina. De acuerdo a esta noción se pueden identificar varias características²⁰ que integran a la concesión:

a) *El contrato de concesión es un contrato administrativo*: La concesión es un contrato administrativo en la medida en la que se regula fundamentalmente por el derecho público, aun cuando tenga subelementos de derecho privado²¹, ya que existe una combinación entre el carácter reglamentario con el contractual²². En otros términos, la concesión es un acto materializado en un contrato administrativo²³.

b) *El concedente es un ente estatal y el concesionario es un privado*: La competencia del concedente radica directamente en el Estado, mientras que el encargado de prestar el servicio es un sujeto de derecho privado. Ahora bien, no hay duda de que el Estado es el titular de la prestación del servicio. No obstante, resulta conveniente dejar en claro que la situación del concesionario es compleja debido a que el mismo debe atenerse a las condiciones que se hayan estipulado en el contrato y además, a los reglamentos que existan sobre la materia²⁴.

c) *La concesión como una figura de delegación se la realiza con base al principio de interés público*²⁵: Al hablar de orden público, la doctrina mantiene una argumentación lineal en la cual todos afirman que sin duda, el interés público es un concepto jurídico indeterminado ya que resulta difícil definirlo. En un intento de definición, el interés público se refiere a:

¹⁹ Farrando, Ismael. *Contratos administrativos*. 1er Ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. 2002, pp. 379-380

²⁰ Guerrero Celi, Francisco. *Concesión de Servicio Aeroportuario*. Tesis de Maestría. Universidad Andina Sion Bolívar. Quito. 2011, pp. 44-73 Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2874/1/T1025-MDE-Guerrero-Concesion.pdf> (acceso: 05/06/2017).

²¹ Calafell, Jorge. "Teoría de la Concesión". *Óp. cit.* p. 217

²² Del Pozo Salazar, David. *Las concesiones aeroportuarias en el Ecuador: Implicaciones de la concesión administrativa del Nuevo Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre de Quito dentro del sector estratégico del transporte y la conveniencia de que vuelva a ser administrado por el Municipio de Quito*. Trabajo de titulación para la obtención del título de abogado. Universidad San Francisco de Quito. Quito. 2016, pp. 26-29.

²³ Meléndez, Sergio Cano. "Estudio sobre la concesión administrativa y su definición". *Revista del Poder Judicial del Estado de Guanajuato* (1964), p. 54.

²⁴ Garrido Falla, Fernando Palomar Olmeda, Alberto y Losada González, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*. 12ma Ed. Volumen 2. Madrid: Editorial Tecnos, 2006, pp. 445-446

²⁵ Argeri, S. y Ashley, James. *Modelos de Participación Público-Privados*. *Óp. cit.*, p. 205.

[...] el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos”²⁶.

Entonces, el interés público se refiere al conjunto de intereses compartidos en un grupo mayor de personas, lo cual se vuelve, en el objetivo principal del Estado y todas sus acciones tendientes a satisfacer las necesidades del público en general, se encaminan hacia el objetivo principal, general y colectivo de cada país.

Por lo expuesto, se considera que quedan claras tres premisas importantes que rodean al concepto de la concesión; en primer lugar, la concesión es un acto que constituye derechos en un privado; en segundo lugar, los sujetos intervinientes son el Estado y el privado; y finalmente, el Estado actúa bajo principios de interés público, es decir, para la conciencia positiva e importancia económica pueda tener la explotación de obras o de servicios y no por el interés del concesionario;

d) *Las concesiones son de naturaleza temporal*: No se puede considerar a una concesión sin plazo; ya que, de lo contrario, el Estado estaría enajenando su competencia de la prestación de servicios públicos. Incluso en el supuesto de que exista una concesión con plazo indefinido, la administración en uso de sus atribuciones podría revocarla en cualquier momento²⁷. Por tanto, es ineludible el hecho de que las concesiones tienen un plazo sea establecido o no.

e) *El contrato de concesión es esencialmente a cuenta y riesgo del contratista*²⁸: Si bien es cierto la actividad económica de la persona jurídica de derecho privado encargada de la concesión de servicios le generaría un beneficio o lucro, la responsabilidad del desarrollo de actividades de prestación del servicio recae netamente en el concesionario²⁹. A riesgo del contratista significa que el concesionario es quien debe buscar financiación,

²⁶ Escola, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. 1er ed. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1989, pp. 249-250

²⁷ Sayagues Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ma Ed. Tomo 2. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p.14

²⁸ Correa, José. “El ente o sujeto licitante”. *Contratos Administrativos*. Argentina: LexisNexis, 2002, pp. 171-173.

²⁹ Ariño Ortiz, Gaspar. “Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?”. *Circulo de Derecho administrativo*. (2009), p. 13. revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/14010/14632 (Acceso: 0270372017).

recursos humanos, abastecerse de recursos técnicos como económicos³⁰ para llevar a cabo el objeto de la concesión. Es decir, el concesionario corre con el riesgo del negocio de la concesión; de manera que otros temas como por ejemplo, temas de fuerza mayor, desequilibrio económico nacional, son riesgos que son distribuidos de manera adecuada entre el Estado y el concesionario en los documentos precontractuales³¹.

f) *El contrato de concesión se encuentra bajo la vigilancia del Estado*: Esta característica deriva del mismo hecho de que el Estado delega la prestación del servicio pero mantiene su titularidad. El control puede abarcar por ejemplo, el estado económico-financiero del concesionario, como el control de fijación de tarifas sobre las cuales se cobra la prestación del servicio. Según Enrique Sayaques Laso, este hecho es lógico, ya que el concesionario actúa en un campo propio de la administración y ésta debe asegurarse de que aquel cumpla satisfactoriamente³². De ahí que el alcance objetivo de esta acción de control no sea limitado en su contenido, sino que se extiende a todas las cuestiones relativas a la actividad del concesionario en función de la concesión.³³

Con estos elementos se puede verificar que como lo indica la doctrina, se trata de un contrato entre un sujeto Estatal y un sujeto privado; del cual, el sujeto privado realiza la gestión a nombre y cuenta propia, bajo la supervisión y control del sujeto estatal, mediante un contrato que durará tanto como la provisión del servicio o la construcción de la obra.

1.2 Alianza público-privada

En este apartado se establece una base conceptual con respecto a todo lo que rodea a las APP. El comprender estos temas es importante para poder tener una primera mirada a lo que la doctrina entiende por APP. Posteriormente, en el segundo capítulo, se realizará

³⁰ Camacho Chahin, Mario y Bohórquez Zapata, Leonardo. *El contrato de concesión*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2002, pp. 48-49

³¹ Inocencio Meléndez, Julio. La Responsabilidad contractual en el Derecho Público de los Contratos Estatales, p. 15. Recuperado de <http://www.monografias.com/trabajos95/tratado-derecho-contratos-publicos/tratado-derecho-contratos-publicos15.shtml> (acceso: 07/06/2017)

³² Sayaques Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p.15

³³ Matilla, Andry. “Concesiones administrativas”. *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. 1era. Ed, Buenos Aires: Editorial Comares, pp. 452 – 453. <https://books.google.com.ec/books?id=E1xvCwAAQBAJ&pg=PT5&lpg=PT5&dq=curso+de+derecho+administrativo+manuel+arenilla&source=bl&ots=V3oOKUzMRr&sig=e5cxfiUeKP66ouM2Q7ltji3TBWs&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwj7-dGr9N3RAhXEOCYKHUWoA54Q6AEIJzAB#v=onepage&q=curso%20de%20derecho%20administrativo%20manuel%20arenilla&f=true> (acceso: 02/03/2017)

una mirada al régimen legal ecuatoriano sobre la concesión y la asociación público privada.

1.2.1 Definición

El desarrollo de la economía y del Derecho en el mundo han obligado al Estado a desarrollar mecanismos de participación entre sector público y privado. Así, los Estados se vuelven innovadores y aplican nuevas formas de asociación en aras de satisfacer necesidades colectivas para así cumplir objetivos macro de interés público³⁴.

Esta es la razón de que estos nuevos modelos de gestión hacen que el Estado quiera innovar en su sistema de prestación de servicios, haciendo que tanto sector privado como público cooperen. Desde una perspectiva internacional, la APP se define como:

[...] proyectos que vinculan a los sectores público y privado bajo formas de asociación de largo plazo, que introducen mejoras reales en los servicios y modelos de gestión, organización, estándares de calidad y disponibilidad; con la finalidad de permitir al Estado la prestación de servicios públicos con altos niveles de calidad, considerando la iniciativa, experiencia y capacidad económica del sector privado³⁵.

Desde una perspectiva doctrinaria, las APP son “la creación de un vehículo o de un proyecto, en conjunto, entre un órgano público y un sujeto privado, mediante aportes mutuamente acordados”³⁶. Es decir, esta figura se relaciona con las transferencias de actividades públicas al sector privado a lo que se llama delegación. Por lo tanto, una APP es una conexión entre dos sectores, uno público y el otro privado, para realizar una acción conjunta, que finalmente será una “herramienta de ensamble”³⁷ entre ambos sectores.

Según Barra, en *Tratado de Derecho Administrativo*, que escribe a partir de la experiencia argentina, el núcleo central de la legislación de ese país en relación con el tema de las APP es el “contrato administrativo”, que se lo entiende como aquel contrato

³⁴ Maino, Vianna. *Mecanismos de Asociación Público-Privada*. 1ª.ed. Quito: Derecho Ecuador, 2013, p. 11.

³⁵ Spiering, Bult, M. *Strategic Issues in Public-Private Partnerships. An International Perspective*. 2nd. ed. Oxford: Blackwell Publishing Company, 2012, pp. 20-23

³⁶ Robalino, Javier. “Las asociaciones Público Privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”. *Revista de Derecho UASB* 13 (2010), p. 99.

³⁷ Devlin, Robert y Moguillansky, Graciela. *Alianzas Público Privadas para una visión estratégica del desarrollo*. Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Naciones Unidas, 2009, p. 67.

“de cooperación entre el sector público y el sector privado”³⁸. Además, diferencia que la APP no es una persona jurídica sino una *modalidad de organización* entre sujeto Estado y sujeto privado que genera una sociedad para cumplir con un proyecto.

Por lo tanto, en una primera mirada, la APP, es una forma de delegación que hace el Estado a un privado y, en segundo lugar, esa forma de delegación introduce nuevas características a los modelos de gestión tradicionales, que la convierte en algo mayor.

La Comisión de las Comunidades Europeas define a la Colaboración Público Privada (CPP), que son el sinónimo de las APP, como:

[...] una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre 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 servicio³⁹.

Entonces, la tercera idea a recalcar de la APP es la participación activa de ambos sectores tanto público como privado, con el objetivo de realizar una obra o prestar un servicio, para que el socio privado financie, realice y renueve una obra o un servicio. Por otro lado, la definición que ha sido recurrente en la doctrina es la planteada por “Public Private Partnerships for the Urban Environment Programme” (PPPUE) del PNUD, donde de manera general se describe a las APP de la siguiente manera:

[...] las alianzas público-privadas son diálogos informales entre el sector público y privado, en donde se otorgan concesiones al sector privado, pero bajo la premisa de una gestión coordinada donde se comparte la propiedad y responsabilidades.

A propósito de la vinculación que existe entre Estado y privado para la prestación de servicios, un cuarto aspecto importante que se evidencia desde la definición anterior, es que estudiosos en el tema argumentan que las APP podrían funcionar eficazmente en un ambiente jurídico donde exista verdadera transparencia y estandarización de la figura⁴⁰. Es así que los asesores en el sector de infraestructuras del Banco Mundial, apuntan a que la política y el sistema jurídico de inversiones de un país son cruciales para el éxito de

³⁸ Barra, Rodolfo. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 3*. 1a. ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002. p.243

³⁹ Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=ES (Acceso: 17/02/2017).

⁴⁰ Barra, Rodolfo. *Tratado de Derecho Administrativo. Óp Cit.*, p.243

una APP⁴¹. Sin embargo, la idea de que el entorno legal es crucial para la regulación de la figura no es nueva. Barra argumenta sobre este aspecto que las leyes sobre el tema en Argentina son incompletas y comenta lo siguiente:

Las leyes marco de APP, pues, en los diferentes países, no han creado una figura jurídica original y novedosa, sino que en términos políticamente correctos (“alianza”), y a través de un tortuoso y aburrido proceso legal y reglamentario, oscuro y fraudulento muchas veces, intentan promover la creación de sociedades mixtas a las que se otorga una concesión para la explotación de bienes o servicios del Estado, y procuran estas leyes revestir al proceso de transparencia y “estandarización”, en un campo que se define, precisamente, por la imposibilidad de la estandarización, salvo en la conjugación o combinación de figuras contractuales típicas, acumuladas en el vínculo asociativo implementado.⁴²

En conclusión, las APP son formas de delegación a la iniciativa privada que se caracterizan por la participación de sector público y privado con el objetivo de realizar una obra o prestación de un servicio por medio de diálogos informales entre ambos sujetos, por los cuales se proponen, negocian, diseñan y finalmente, se ejecutan proyectos, con distintas modalidades contractuales.

La figura de las APP ha crecido exponencialmente a lo largo de los años, desarrollándose en virtud de que los Estados quieren dar un paso adelante y lo han establecido en sus ordenamientos jurídicos. Pero, para esta investigación es importante entender que, a pesar de que tanto la concesión como las APP son formas de delegación administrativa, se debe esclarecer si las APP son una forma diferente de concesión o si, por el contrario, las APP incluyen diversas modalidades de cooperación público privada más allá de concesión.

1.2.2 Origen

Para comprender mejor la naturaleza jurídica de las APP es recomendable hacer una breve reseña de su origen histórico. Cabe decir que éstas tuvieron su origen en entre 1980 y 1990⁴³ con la misión de responder algunas de las críticas al Estado:

1. La creencia de que los privados administran mejor la infraestructura.

⁴¹ Delmon, Jeffrey. *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: An essential guide for Policy Makers*. The World Bank. Inglaterra: Editorial Cambridge University Press, 2011, pp. 2-7.

⁴² Stimson, Theodore. “APP inconstitucionales (Parte I)”. *Revista Ejemplar. Paraguay*. <https://ejemplar.com/actualidad/app-inconstitucionales-parte-i> (Acceso: 30/08/2016).

⁴³ González Julio. *Financiación de Infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*. 1a ed. España: Editorial Tirano lo Blanch, 2007, pp. 40-41.

2. El déficit del Estado para financiar los proyectos por sí mismo; y,
3. La afirmación reiterada del público de que la provisión de servicios públicos no debe estar a cargo del gobernante de turno.⁴⁴

Estos tres problemas conllevaron a que el Estado innovara en la idea de cómo delegar al privado la gestión de un proyecto para satisfacer el interés público. Por ejemplo, en países como Ecuador, Venezuela y Argentina, la reacción al fracaso de las privatizaciones en la década de los 1990, que tienen como base un modelo neoliberal, ha hecho que el Estado quisiera crear un punto medio entre “una total privatización de ciertos sectores de la economía, y la consecuente reacción histórica”⁴⁵. A partir de esta reacción y el ambiente de controversia se han desarrollado las APP.

Luego de varios años de evolución, la APP nació de la idea de innovación de la delegación a los privados; por lo que, la APP no se encuentra derivada de la concesión per se sino de la misma institución de la delegación indirecta, que se revoluciona en el sentido de que ya no se trata solamente del acto por el cual el Estado le otorga al privado un derecho; sino que el Estado y el privado participan juntos en colaboración para establecer los mejores lineamientos a un proyecto que será ejecutado por el privado. Por lo cual, se considera que la APP es un concepto macro que contiene a las concesiones.

De cualquier manera, la controversia, como en todo nuevo modelo de gestión, presentó problemas, debido a que posiciones conservadoras argumentaban que esta iniciativa no era más que una variante al modelo neoliberal que existía, mientras que liberales concordaban en que esta era una iniciativa innovadora que rompía esquemas. Es por esto, que los Estados en aquel entonces decidieron no eliminar el modelo sino potencializarlo⁴⁶ y es así que empezó a desarrollarse el concepto de colaboración público privada o asociación publico privada.

⁴⁴ Dorrego, Alberto y Martínez Vásquez, Francisco. “La colaboración público- privada”. *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público: Aspectos administrativos y financieros*. Madrid: Editorial La Ley, 2009, pp. 39 y 40. Citados en Covilla, Juan Carlos. “Ley de Asociaciones Público- Privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado?”. *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*. José Luis Benavides (coords). 1a. ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 79 y 80.

⁴⁵ Robalino, Javier. “Las asociaciones público- privadas (APP) una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”. *Óp. Cit.*, p. 98

⁴⁶ González García, Julio V. *Colaboración Público- Privada E Infraestructuras De Transporte Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*. 1er. Ed. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2010. Citado en Sepúlveda Figueroa, Blanca Jacqueline. *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial de la Ley 1508 de 2012*. Tesis de grado. Magister en derecho Administrativo. Universidad Nacional de Colombia. Tunja. 2014, pp. 15-20

Por lo tanto, se considera que la naturaleza jurídica de la APP implica un acto del Estado por el cual colabora, negocia, concilia y delega a un operador privado la gestión de un servicio público o la ejecución de obras; la consecuencia de dicha relación o vínculo jurídico se materializa en distintas modalidades de contratos administrativos de naturaleza mixta debido a que resulta de elementos del derecho privado y derecho público.

Entendida la naturaleza jurídica de las APP, ahora se trata las clases de APP, que básicamente se refieren en sentido amplio, a la contractual e institucional; y en sentido estricto a ocho clases de APP; por las cuales, se afincará de manera más fuerte el concepto y la naturaleza jurídica de las mismas, observando que sin duda las APP le ofrecen a la institución de la delegación un marco colaborativo y por qué es mucho más que una concesión; tanto así, que la concesión es un subtipo de APP.

1.2.3 Clases

En virtud de la disquisición que existe entre doctrinarios sobre la naturaleza jurídica de las APP, se hace referencia a que existen dos tipos de asociaciones público privadas: las contractuales y las institucionales, de las cuales se desprenden otros subtipos que se explican de inmediato.

En primer lugar, se tiene asociaciones públicos privadas *contractuales*, que son aquellas en las que la conexión entre el sector público y el sector privado se materializa esencialmente a través de un contrato, y en tal sentido:

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.⁴⁷

En este sentido, se nota que la definición general de las APP engloba un conjunto de obligaciones muy complejas, que por ende, deben ser puestas en un contrato administrativo. En segundo lugar, existen las asociaciones público privadas

⁴⁷ Vassallo Magro, José Manuel e Izquierdo De Bartolomé, Rafael, *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Corporación Andina de Fomento 2010, p. 111

institucionales, que se caracterizan por que la relación que existe entre sujetos se materializa en una entidad encargada de gestión:

El modelo de APP institucional es mucho menos común que el modelo de APP contractual y tiene la desventaja frente al primero de que apenas se introduce competencia, por lo que no hay garantías de que se incentive al sector privado a ser más eficiente. Un ejemplo de APP institucional es el establecimiento de sociedades de economía mixta. Éste es el caso de las autopistas francesas hasta que se llevó a cabo una privatización de las mismas.⁴⁸

Por lo tanto, la APP institucionalizada se trata de “la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público privado”⁴⁹. En otras palabras, una colaboración dentro la entidad delegante mediante un círculo participativo de ambos sectores. Según Ysa, las APP institucionales:

[...] se caracterizan fundamentalmente, porque la Administración entra a formar parte de una red o nueva organización creada para gestionar el proyecto. Sin embargo, el autor aclara que no siempre es necesario dotar de personalidad jurídica a dicha colaboración, pues en gran medida dependerá de la naturaleza del proyecto, del sector y de los objetivos que se persigan, para determinar la viabilidad o no de constituir una personalidad jurídica que se genere o no personalidad jurídica.⁵⁰

Por lo citado, se puede concluir, por el nivel de concentración de la Administración en la realización de la gestión, estos tipos de APP son mayormente recomendada en proyectos más generales en los que los plazos son más extensos. Ahora bien, hay autores que subsumen a la APP institucional en las empresas públicas o sociedades de economía mixta⁵¹, en donde tanto la administración pública como el privado deben gestionar directamente las obras o servicios.

A manera de resumen, es importante dejar en claro las diferencias entre las APP contractuales y las institucionales. El antecedente de cada una de ellas es diferente; mientras que la concesión y otras modalidades de delegación al sector privado representan

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 114

⁴⁹ Casares Marcos, Ana Belén, 2010. “Análisis del marco general, estado actual y perspectivas de las fórmulas de colaboración público-privada con especial referencia a la Comunidad de Castilla y León”. *Óp. cit.* pp. 33-55

⁵⁰ Ysa, Tamyko. “La gestión de participaciones público-privados: tipologías y retos de futura” *La colaboración público privada y la creación de valor público. Óp. Cit.*, p. 31.

⁵¹ Rebollo Fuente, Andres. Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público- Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general. Programa para el Impulso de Asociaciones Publico Privadas en Estados Mexicanos. Madrid- España. 14 de octubre de 2009, p 41 (Acceso: 07-05-2017) Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo. <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35822299>

la APP contractual; la sociedad de economía mixta representa a la APP institucional. Además, sobre la APP contractual debe estar perfectamente delimitado el proyecto; mientras que en las APP institucionales apuntan a temas generales por lo que el proyecto no necesariamente debe estar delimitado⁵².

Dicha esta clasificación en sentido amplio, el Centro de Investigación de Asociaciones Publico Privadas del Banco Mundial, muestra un espectro de acuerdos de una APP en distintas modalidades que se representan en gráfico 2.

Gráfico 1: Tipos de asociaciones público privadas⁵³



Fuente: Tomado de <https://ppp.worldbank.org>.

Es decir, que dependiendo del grado de colaboración que exista entre Estado y sector privado el tipo de APP varía. De manera que, se pueden identificar tres grupos de APP. La primera se refiere al tipo de APP en la que el Estado es titular y opera los servicios, de tal manera que en la reforma de empresas de servicios públicos, es casi nula la colaboración que podría existir pero no se descarta justamente por la naturaleza de la APP, la cual deja la opción abierta para entrar en campos que les son desconocidos o poco vinculados. El segundo grupo se refiere a las APP en su grado de mayor colaboración, ya que tanto Estado como privado colaboran en diferentes intensidades pero casi reciprocas; aquí encontramos al contrato de concesión, el cual se encuentra junto a las APP BOT y DBO, que básicamente se diferencian en el nivel de financiamiento que provee el Estado. Finalmente, el último grupo se refiere al desprendimiento parcial del

⁵² Sepúlveda Figueroa, Blanca Jacqueline. *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial de la Ley 1508 de 2012*. Óp. Cit., pp. 27-38.

⁵³ Banco Mundial. *Acuerdos de APP*. Centro de Investigación de Asociaciones Publico Privadas del Banco Mundial. (Acceso 07-05-2017) <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/acuerdos>

patrimonio público, que se refiere a las joint ventures como forma en la cual el Estado pasa a formar parte de la empresa que brinda los servicios públicos. De tal manera, que el Estado y el privado conforman una sociedad en la cual ambos son socios y por lo general, el Estado puede o no tener mayoría accionaria. En la Tabla 1 se resumen las principales características de las distintas modalidades de APP.

Tabla 1: Tipos de APP y sus principales características

Tipo de APP	Características
Reestructuración de empresas de servicios públicos, mercantilización y descentralización	El Estado considera maneras para mejorar la prestación de servicios en empresas del Estado incluyendo a la empresa privada. Aunque en este tipo de contratos, no hay mayor colaboración del privado se deja la puerta abierta a la colaboración.
Obras civiles y contratos de servicios	Contratos de servicios en los que se considera la participación del privado para ejecutar ciertas obras como instalación de tuberías y cableado eléctrico o prestar un servicio como crear un sistema de servicio al cliente.
Acuerdos de gestión y operación	Contratos de asistencia técnica a gran escala o mantenimiento. En los acuerdos de gestión se enfoca en objetivos específicos mientras que los acuerdos de operación se enfocan en los resultados.
Arrendamientos / Affermage	Contratos en los cuales el privado es responsable de la operación y mantenimiento del servicio público pero no del financiamiento.
Concesiones, BOT, DBOs	La concesión le otorga al privado derechos a largo plazo para la prestación de un servicio público. El operador recibe la ganancia a través de los privados. Un BOT (Construcción, Operación- Traspaso) se distingue de la concesión en que la forma de retribución al privado es el pago directo del Estado y no como tarifa cargada al consumidor. En un proyecto DBO (Diseño- Construcción- Operación) el sector público se encarga del financiamiento y el privado solo diseña- construye y opera el activo para tener los resultados establecidos. Ejemplo: contrato de obra civil que introduce un acuerdo para las operaciones.
Joint Ventures y Desprendimiento parcial del patrimonio público.	Acuerdos por los cuales el Estado tiene un estado igualitario en la empresa operadora. Por ejemplo, en la creación de empresas mixtas.
Desprendimiento total	Desprendimiento total por parte del Estado de su titularidad de la prestación de los servicios públicos. Este tipo de contratos por el contrario, son los menos populares ya que la gran mayoría de legislaciones prevén desprenderse de una titularidad que por vía constitucional le es inherente.

Fuente: <https://ppp.worldbank.org>

A manera de conclusión, cada uno de estos contratos depende de la extensión de funciones que tenga el privado y el Estado. De esta manera, a mayor colaboración del sector privado, se tiene un desprendimiento total del sector privado con un mínimo control por parte del Estado por medio de una APP contractual; mientras que a mayor intervención por parte del Estado, se tiene una APP institucional. Por lo tanto, se puede

observar que las concesiones se encuentran como una subespecie de las APP, siendo estas un concepto macro a manejar para el resto del análisis.

1.2.4 Características

Respecto de los elementos de APP, sobre la definición puesta en consideración, se pueden destacar elementos que resultan interesantes para finalmente caracterizar a las APP. Según García- Capdepon⁵⁴ son cuatro los elementos claves que distinguen a las APP:

a) *Complejidad de los contratos*: González García, explica que, “tradicionalmente, el Estado mantiene un rol en todas las fases de contratación, relativas a la financiación, diseño y planificación del proyecto”⁵⁵. A lo que este autor se refiere con el carácter complejo de los contratos es que tanto el Estado como el contratista se vuelven colaboradores desde el principio al definir aspectos esenciales del proyecto⁵⁶.

Es por esta característica que el Estado se aprovecha de la experticia que tiene un privado en un tema, pero ya no solo para la prestación del servicio sino para que desde un comienzo, tener ideas, diseñar planes y llegar a las mejores conclusiones para obtener como meta un proyecto con bases fuertes que lleguen finalmente al objetivo que se quiere conseguir.

b) *Reparto adecuado de riesgos*: Esta característica es muy relevante ya que rompe el esquema del riesgo del negocio a cuenta del contratista sino que se parte de la afirmación de la alta colaboración entre contratista y Administración. Por lo tanto, la redistribución de los riesgos está en función de quien participe más del proyecto.

c) *Ausencia de financiación con recursos del Estado*: Con esta característica, el autor se refiere a que el usuario final es el encargado del pago⁵⁷. A pesar de que González trata esta característica como ausencia de financiación con recursos del Estado, es necesario hacer una pequeña variación, que complementa de mejor manera a lo que se refiere este autor y básicamente se refiere a la libertad de financiación, ya que investigaciones sobre el tema recalcan que:

⁵⁴ García-Capdepon, Pedro María “El contrato de colaboración público-privada”. *Revista de la Función Consultiva*, No. 3, 2005, pp. 89 y siguientes.

⁵⁵ González García, Julio V. “Contrato de Colaboración público privada”. *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid 2006, p. 12

⁵⁶ González García, Julio V. “Contrato de Colaboración público privada” *Óp.cit.*, p.13

⁵⁷ *Ibíd.*

[...] dada la amplitud flexible de asociaciones público privadas, es posible que se formulen asociaciones de esta naturaleza con participación de recursos públicos, caso en el cual existirían modalidades especiales para el manejo de estos recursos a través de figuras como las fiducias⁵⁸.

Por lo cual, se concluye que no necesariamente existirá una ausencia de financiamiento con recursos del Estado, ya que, en la medida en que la colaboración sea integra y libre podrían existir otras formas de financiación analizadas entre Estado y sector privado.

d) *Pagos en base a la calidad*: Esta característica se refiere a que el pago no se deriva de la prestación del servicio sino de la calidad del mismo⁵⁹. Es decir, el criterio que se usa para el pago por la contraprestación, es la calidad del servicio y no necesariamente como se lo presta. Esta característica tiene base en la incorporación de niveles de calidad en proyecto de colaboración público privadas, para obtener el objetivo que se quiere que es la prestación de un servicio de calidad. Es un elemento, que el contratista debe tener en cuenta ya que su retribución será analizada en base al contexto global de la prestación del servicio.

En conclusión de este apartado, las APP presentan ciertas características que las distinguen de otros modelos tradicionales. En primer lugar, el pago que se realiza al privado es en virtud del nivel global de calidad que provea; la transferencia de riesgos entre sector privado y público se da en función de la participación que provean; la optimización de financiamiento en virtud de la obligación que tiene el privado de obtener recursos y finalmente; las distintas formas de pago que pueden existir en la relación colaborativa⁶⁰. Lo que da a entender que las APP son modalidades muy flexibles de colaboración público-privadas, tanto que como se ha visto, la concesión es una forma de APP.

⁵⁸ Sepúlveda Figueroa Blanca Jacqueline. *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial de la Ley 1508 de 2012*. *Óp. cit.*, p. 19

⁵⁹ *Vid. supra* nota 60

⁶⁰ González García, Julio V. "Contrato de Colaboración público privada". *Óp. Cit.*, p. 616

Capítulo II: Régimen legal de la concesión en la Ley de Modernización y de las alianzas público-privadas en la Ley APP

En este capítulo se analiza el régimen legal ecuatoriano respecto de las concesiones y las APP, empezando por establecer el marco legal de la delegación administrativa. Estudiar estos aspectos normativos es de suma importancia para el desarrollo del presente trabajo de titulación, ya que teniendo en cuenta el desarrollo doctrinario-teórico sobre ambas figuras y entendiendo el régimen legal ecuatoriano se podrá, en última instancia, fundamentar las comparaciones y conclusiones que será analizado a profundidad en el tercer capítulo, para evidenciar si es que, en la normativa ecuatoriana, existe una diferencia significativa entre la concesión que regula la Ley de Modernización de 1993⁶¹ y las APP que recoge la Ley APP de 2015⁶²

2.1 La delegación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

La delegación es el concepto genérico que comprende diversas formas por las cuales el Estado transfiere atribuciones que le corresponden para que por medio de dicho encargo una persona de derecho privado o público realice un encargo, a cambio de una contraprestación. En este apartado se hará un breve análisis conceptual y de la normativa ecuatoriana sobre esta institución del derecho administrativo.

2.1.1 Definición

En un sentido general y de acuerdo a la doctrina, la delegación es una transferencia de tareas, funciones, atribuciones y autoridad, que se realiza entre una persona que ocupa un cargo superior a un inferior jerárquico o a una persona de derecho privado para que opere en un campo limitado y acotado, normalmente con un objetivo específico⁶³. De esta

⁶¹ Ley de Modernización del Estado Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos Por Parte De La Iniciativa Privada. Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993.

⁶² Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. Registro Oficial No. 652 de 18 de diciembre de 2015.

⁶³ Cruelles, Jose Agustín. *Productividad en actividades administrativas: ¿Por qué nunca nos da tiempo?* 1er Ed. Barcelona: Marcombo S.A. 2012. Recuperado de https://books.google.com.ec/books?id=s_UuAHyyZs4C&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false. (Acceso: 18/05/2017)

manera, se puede considerar que la delegación a nivel administrativo se refiere a la transferencia de atribuciones que realiza el Estado a un privado y, en el caso que ocupa en este trabajo, para conseguir un objetivo específico, el cual sería la provisión de bienes o servicios públicos o la ejecución de obras.

Lo que se puede notar en primera instancia es que existe un error técnico en la utilización de la palabra *delegación*, ya que la misma implica el traspaso de atribuciones; pero, en Ecuador, la provisión de servicios públicos y obras es atribución única del Estado y, en consecuencia, no existe tal transferencia⁶⁴. Pero, en este trabajo de investigación, con un fin didáctico se utilizará el mismo término, pues su uso se ha vuelto muy común.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, no prevé una definición de delegación. Sin embargo, se puede deducir algunos elementos para una definición derivado del artículo 314 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 2008, que establece:

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. [...].⁶⁵

Además, del artículo 41 de la Ley de Modernización se reza lo siguiente:

Art. 41.- 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.

De los elementos de estas prescripciones constitucionales y normativas se puede establecer que en primer lugar, la *delegación* consiste en el encargo que hace el Estado a un particular de la prestación de la provisión de un servicio público que satisfaga necesidades colectivas de naturaleza especializada; y en segundo lugar, como se ha dicho anteriormente, en Ecuador, es el Estado quien mantiene la titularidad del servicio y, por

⁶⁴ Desde el punto de vista técnico, la “delegación” de facultades se produce cuando un Poder del Estado “traspasa” a otro Poder del mismo, atribuciones que le son propias. En este sentido, este “traspaso definitivo” no podría existir en ninguna forma debido que en la concesión, el ejecutivo asigna atribuciones a un privado en el caso que nos ocupa, bajo la prerrogativa de control Estatal constante. Miguel Marienhoff expresando el término “delegación” como “adjudicación o imputación de atribuciones o facultades”. *Vid. Marienhoff Miguel. Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-B. 4ta ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2000, p 594.

⁶⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 249. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

ende, es responsable de la provisión, el control y regulación de la prestación del mismo⁶⁶, siguiendo la misma línea argumentativa de la doctrina en los casos generales.

2.1.2 Las normas jurídicas sobre la delegación

Es importante que queden claras tanto las normas jurídicas que regulan a la delegación y su régimen que opera de manera excepcional, como las diferentes modalidades de concesión y su procedimiento general, ya que muchos de estos temas permiten tener una mirada general a lo que rodea a la concesión y APP, para luego conocer cada una de las figuras en el ámbito legal en particular.

De lo anteriormente analizado se puede concluir que, en primer lugar, con la Constitución vigente, se reafirma la administración exclusiva por parte del Estado de la prestación de los servicios públicos. Primero, la figura de empresa pública se desarrolla en mayor medida ya que son formas institucionales por medio de las cuales el Estado presta el servicio asumiendo actividades económicas reservadas al Estado y; segundo, les permite asociarse con empresas privadas como lo establece la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁶⁷. Esta Ley, en cuanto a la creación de una compañía de economía mixta, hace posible que las personas jurídicas de derecho privado puedan prestar servicios públicos.

Es decir, en Ecuador, la primera forma de prestar servicios públicos que prefiere el Estado, es por medio de empresas públicas; y la Ley les da a estas la facultad de asociación con la iniciativa privada; con lo cual se puede observar una primera vinculación del sector privado con el Estado. Sin embargo, las figuras de delegación a la iniciativa privada para la prestación de servicios públicos o ejecución de obras no se desarrollan en gran medida debido a que, por mandato constitucional, opera de manera excepcional, como lo ordena el artículo 42 de la Ley de Modernización.⁶⁸

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.⁶⁹

⁶⁶ Argeri, S. y James, Ashley. *Modelos de Participación Público-Privados*. *Óp. cit.*, p.7

⁶⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009.

⁶⁸ Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de servicios por parte de la Iniciativa Privada. *Óp. cit.* Artículo 42.

⁶⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 316. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Partiendo del hecho de que la delegación de prestación de servicios públicos opera de manera excepcional, la figura emblemática para prestación indirecta es la concesión y su régimen aplicable como figura de delegación de la gestión de servicios públicos y sectores estratégicos se encuentra regulada sustancialmente en Ley de Modernización⁷⁰. En esta Ley, las figuras de delegación de los servicios públicos a la iniciativa privada son “la concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual o administrativa de acuerdo con la ley”⁷¹. Es decir, se permiten otras formas contractuales además de las prescritas por la ley.

Retomando el tema de la excepcionalidad, el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización⁷² (en adelante COOTAD) ratifica que solo excepcionalmente la prestación de servicios públicos se puede realizar por parte de la iniciativa privada:

Art. 283.- *Sólo de manera excepcional [...] los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada [...] [las cursivas son mías].*

Esta excepcionalidad se recoge también en el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, que prescribe:

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 [...].

Por lo expuesto, vemos que estas normas legales solo reafirman la disposición constitucional, lo que da a entender que el Estado debe organizarse de tal manera que pueda prestar servicios públicos u obras por sí mismo o por medio de empresas públicas, de modo que solo en casos excepcionales delegue a los privados, estrictamente necesarios siempre basado en interés público y cuando no se tengan los medios técnicos o económicos o cuando la demanda del servicio sea tan grande que las empresas públicas o mixtas no puedan proveerlo. Además, estos artículos establecen los motivos en que

⁷⁰Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de servicios por parte de la Iniciativa Privada. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

⁷¹Código de la Producción. Artículo 100. Registro Oficial No. 35, de 29 de diciembre de 2010.

⁷²Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía Descentralización. Artículo 283. Registro Oficial 303 de 19 de octubre de 2010.

opera la excepcionalidad, que deben ser plenamente justificados, que básicamente se refiere a la incapacidad técnica y económica o en caso de calamidad pública o desastre natural.

2.2 Régimen jurídico de la concesión

Ahora bien, en este trabajo de investigación, como se vio en el primer capítulo, se toma en cuenta a la concesión como forma de delegación mayormente utilizada para la prestación de servicios públicos, la cual será analizada legamente con más detalle en este apartado.

2.2.1 Definición

Como se pudo observar en el primer capítulo, la concesión es el encargo que hace el Estado a un privado para la prestación de servicios o ejecución de obras. Este concepto doctrinario no consta en las leyes ecuatorianas; sin embargo, se pueden extraer algunos elementos para una definición de lo establecido en el artículo 314 de la Constitución:

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.

Y del artículo 316 de la Norma Suprema:

Art. 316.- El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.

En base a estos artículos, que se refieren a la titularidad de la provisión de servicios públicos por parte del Estado y a la excepcionalidad del régimen de delegación, se puede deducir, que la concesión es una modalidad de gestión delegada por la que el Estado delega a la iniciativa privada la prestación de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, entre otros que determine la ley.

Hasta aquí, este concepto de concesión se convalida con el de que muestra la doctrina. Pero, con la peculiaridad de que, en Ecuador, esta delegación opera de manera

estrictamente excepcional cuando no exista capacidad técnica ni económica para la prestación de los servicios, tema que fue dejado en claro en el apartado anterior.

2.2.2 Clases

De la misma manera, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no presenta una clasificación exacta de las concesiones, pero se puede deducir que las concesiones son: de servicios o de obras, en virtud de que el artículo 314 de la Norma Suprema, anteriormente citado, que establece que la provisión será de servicios públicos y obras; lo cual se confirma con la Ley de contratos de Concesiones de Obras públicas⁷³, que regula todos los procesos básicos sobre los cuales se otorgan concesiones de obras públicas. La concesión de servicios por otro lado, no se encuentra regulada en ningún cuerpo legal; no obstante, está sometida a los procedimientos de la Ley de Modernización.

A continuación, se analiza el procedimiento para la suscripción del contrato de concesión, ya que existe un procedimiento de adjudicación del contrato previo a la suscripción del mismo, que atañe una serie de etapas precontractuales que son de importancia para este trabajo.

2.2.3 Procedimiento

Los procesos de desmonopolización, privatización, y delegación previstos en la Ley de Modernización, incluido el de la concesión, respecto de los procesos de contratación, de conformidad con el artículo 56 de la Ley de Modernización⁷⁴ establece varios mecanismos de contratación; del cual, el más utilizado en la práctica es la licitación pública nacional o internacional. En lo referente a las concesiones, el mecanismo mayormente utilizado es la licitación, la que se refiere a un procedimiento de carácter formal mediante el cual se solicitan ofertas para la adquisición de bienes, obras o servicios; se reciben, evalúan y califican, de manera que al final del proceso se adjudica el contrato al mejor oferente⁷⁵. Es el procedimiento utilizado más frecuentemente, debido a que permite mayor eficiencia y transparencia para la adjudicación.

⁷³ Ley de contratos de Concesiones de Obras públicas. Registro Oficial 361 de 04 de noviembre de 1982.

⁷⁴ Ley de Modernización del Estado. Óp. cit., Artículo 56.

⁷⁵ Correa, Isabel. *Manual de licitaciones públicas*. Cepal. Santiago de Chile: Naciones Unidas. 2002. p.19. Recuperado de

Ahora bien, dicho proceso se encontraba regulado en el Reglamento General a la Ley de Modernización. A manera de resumen, el proceso de licitación pública se manejaba de la siguiente manera:

1) El Consejo Nacional de Modernización (CONAM) era la institución designada como organismo concedente salvo que una ley especial atribuyera dicha facultad a otro organismo, según lo que establece el artículo 86 del Reglamento.

2) Por regla general, la entidad concedente, convocaba a los diferentes oferentes a nivel nacional para la presentación de ofertas, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 160 y 161 de dicho cuerpo normativo. Sin embargo, por motivos de condiciones especiales, sean éstas la complejidad o magnitud de un proyecto, la entidad concedente, podía realizar una precalificación de oferentes para convocarlos a que presenten sus ofertas.

3) En la fecha establecida, los oferentes presentaban sus ofertas. El CONAM calificaba a los oferentes, eligiendo a quienes estuviesen mayormente capacitados para celebrar el contrato, en función de las bases preestablecidas.

4) Finalmente, el contrato era adjudicado al oferente que hubiere presentado una oferta que, según el artículo 97, no solo convenía en la parte pecuniaria sino también a los intereses públicos.

El Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado era el cuerpo normativo que regulaba estos procesos. Sin embargo, por mandato del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1006⁷⁶, se derogó el reglamento y en la actualidad, en materia de concesiones, no existen bases legales para procesos de contratación de la delegación mediante concesiones. Además, la Asamblea Nacional aprobó el Proyecto de Ley de Código Orgánico Administrativo, el cual, una vez que entre en vigencia, deroga por completo la Ley de Modernización⁷⁷. En otras palabras, una vez que dicho Código entre en vigencia no solo que no existe procedimiento de contratación sino que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se queda sin la figura de la concesión.

http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5583/S2002616_es.pdf;jsessionid=5F03FC982855C7532BE2AC349546F2EF?sequence=1 (acceso 20/05/2017)

⁷⁶ Decreto Ejecutivo No. 1006. Registro Oficial Suplemento 760 de 23 de Mayo del 2016.

⁷⁷ Proyecto de Ley Código Orgánico Administrativo. Disposición Derogatoria Segunda. Recuperado de <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalna/meuid-29/Leyes%202013-2017/184-cod-admin-vehica-15-12-2015/op-cod-adm-22-05-2017.pdf> (acceso: 29/05/2017)

2.3 Régimen jurídico de las APP

Esta sección se refiere a la APP desde una perspectiva legal, haciendo un acercamiento al régimen jurídico ecuatoriano, en particular cada uno de los elementos, tipologías, finalidades, incentivos y principios rectores que contienen este nuevo modelo de gestión delegada en virtud de la Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. De esta manera, se contará con herramientas de conocimiento doctrinaria y legal necesarias para en el siguiente capítulo pasar a estudiar a profundidad ambas figuras y estar en capacidad de distinguir cada una.

2.3.1 Definición

En Ecuador, las APP son una modalidad contractual de derecho administrativo que busca satisfacer las necesidades de la sociedad mediante la inversión y participación de los privados en proyectos que la Administración Pública desea emprender, en beneficio de los administrados⁷⁸

Antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas, se tuvo la idea de que la implementación de la figura podría ser un mecanismo que, en la medida en que se acogiera a las regulaciones ya existentes, permitiría una verdadera colaboración entre el sector público y el privado⁷⁹. En principio, esta ha sido la intención del Ecuador, al establecer que las atribuciones del Consejo Nacional de Modernización (CONAM) a su desaparición serían ejercidas por la Secretaría de Planificación y Desarrollo (SENPLADES).⁸⁰ No obstante, se verá en el análisis siguiente, que la implementación de la APP en una nueva Ley que empieza por los incentivos, no establece verdaderas bases sobre las cuales debe fundamentar una APP, respecto de la doctrina y las enseñanzas de diferentes legislaciones referenciales.

Las APP son un modelo de gestión, que se materializa en un contrato de gestión delegada, contemplada en la Ley APP⁸¹ y su respectivo reglamento⁸² (en adelante

⁷⁸ Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.* Artículo 4.

⁷⁹ Guillén Martínez, Luis Eduardo. *La viabilidad jurídica de implementar modelos de participación público-privados en el sector de la vialidad en el Ecuador*. Tesis de Posgrado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2015, p.8.

⁸⁰ Decreto Ejecutivo No. 103. Registro Oficial. Suplemento 26 de 22 de febrero del 2007.

⁸¹ Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.*

⁸² Reglamento Ley de Incentivos para Asociaciones Público Privadas. Decreto Ejecutivo 1040. Registro Oficial 786 de 29 de junio de 2016.

Reglamento APP). Esta Ley se inspira en la idea de que la empresa privada pueda participar en los proyectos del sector público, de manera que se obtengan los mejores resultados en cuanto a proyectos públicos, en virtud de la Constitución y las leyes ecuatorianas. Sin embargo, esta Ley ha tenido varias críticas debido a que nació en medio de la crisis política y económica que vive el Ecuador en la actualidad. Es por esto que varios medios de comunicación sugieren que la misma es “un paso para desmontar el rígido estatismo que caracterizó al correísmo”⁸³ dando paso a que un proyecto sea encargado por el Estado a la iniciativa privada.

Ahora bien, para encontrar una definición legal de la APP, hay que recurrir al artículo 8 de la Ley APP, que establece que la APP es:

[...] La *modalidad de gestión delegada* [...] por la que el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico y su funcionamiento total o parcial para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el *contrato de gestión delegada* [...] (las cursivas son mías).⁸⁴

A simple vista, parece que los conceptos doctrinario y legal concuerdan, ya que la APP es un vínculo entre una entidad estatal y una persona jurídica de derecho privado que tiene el fin de prestación de servicios y gestión de proyectos de carácter público⁸⁵; sin embargo, el concepto que trae esta Ley es similar al de las concesiones; por lo que existe la duda de qué es lo que la Ley de Incentivos innova en el sistema legal ecuatoriano.

Ahora bien, el objeto principal de la Ley APP es “establecer incentivos para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de asociación público privada y los lineamientos e institucionalidad para su aplicación”⁸⁶. Las APP tienen como beneficios los incentivos a los proyectos públicos de asociaciones público privadas con base a financiamientos que permitan “[...] incrementar la productividad y competitividad de los sectores productivos que permitan alcanzar los objetivos del Plan de Desarrollo, entre

⁸³ Plan V. “Una agenda legislativa marcada por la crisis”. *Periódico electrónico Plan V*. <http://www.planv.com.ec/historias/politica/una-agenda-legislativa-marcada-la-crisis> (Acceso: 29/07/2016).

⁸⁴ Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.* Artículo 8.

⁸⁵ Barrios Pacheco, César. *Las Alianzas Público Privadas: Nuevo paradigma a la aplicación de viejos principios de economía*. Foro Regional Hacia un Nuevo Proyecto Nacional de Desarrollo. México. 2011. <https://es.slideshare.net/cneconomistas/cesar-barrios-pacheco-7987618> (Acceso: 23/08/ 2016).

⁸⁶ Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.* Artículo 1.

otros propósitos constitucionalmente establecidos”⁸⁷. Y por medio de la misma, convertir al Ecuador en un país atractivo para la inversión extranjera en el que finalmente se dinamice la economía partiendo de emprendimientos realizados bajo la modalidad de asociación público-privada⁸⁸.

Ante lo expuesto, cabe el cuestionamiento de por qué empezar por los incentivos si todavía no existe una normativa que sienta bases firmes de la Ley APP en cuestión de conceptos básicos. Quizás la motivación principal del legislador fue entrar de lleno a los incentivos para tratar de generar una rápida inversión extranjera. Sin embargo, se considera que una ley que no tiene buenas bases como son definiciones básicas, puede ser un vehículo para arbitrariedades por partes de ambos sectores, además de que no necesariamente implementando incentivos se va a conseguir promover la inversión.

Por otra parte, y sabiendo que en Ecuador la APP es una modalidad de gestión delegada diferente de la modalidad concesión, se crea un ente controlador para la regulación de las diferentes APP que surjan, el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas y su Secretaría Técnica⁸⁹ (en adelante “Comité APP” o “el Comité”), con el objetivo de “la coordinación y articulación de políticas, lineamientos y regulaciones vinculados a las asociaciones público privadas”⁹⁰. Este Comité está conformado por:

1. Ministro de la Producción, empleo y competitividad.
2. Ministro de Economía.
3. Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo.

Este Comité sería el encargado de aprobar cada proyecto, sus propuestas, finanzas y valoración de los mismos para ser puestos en consideración. No obstante, como se puede observar, el Comité solo está conformado por entidades del sector público⁹¹, lo cual no concuerda con los postulados vistos anteriormente en el primer capítulo, en el que se

⁸⁷ Ley de Incentivos para Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.* Considerandos.

⁸⁸ República de Oportunidades Ecuador. “Ecuador país productivo y de oportunidades”. *República de Oportunidades Ecuador* 1 (2016). https://issuu.com/ekosnegocios/docs/1_e9ee23e4b7d909 (Acceso: 1/08/2016/).

⁸⁹ Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. Artículo 7. *Óp. cit.*; Reglamento Ley de Incentivos para Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.* Artículo 3.

⁹⁰ Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. *Id.* Artículos 4 y 5

⁹¹ López Suarez, Daniel. “Asociaciones público privadas: ¿Qué beneficios tendrán los empresarios ecuatorianos?”. *Revista Numbers By Kreab.* (2015). Recuperado de <http://numbersmagazine.com/articulo.php?tit=asociaciones-publico-privadas-que-beneficios-tendran-los-empresarios-ecuatorianos> (acceso: 20/05/2017)

necesita verdadera colaboración público privada para gestionar cada proyecto incluso desde la determinación del mismo.

2.3.2 Clases

El rango de aplicabilidad de una APP puede entrar desde la provisión de servicios hasta infraestructura. El artículo 2 de la Ley APP se refiere a “las asociaciones público privadas que tienen por objeto la provisión de bienes, obras o servicios”⁹², lo cual deja entrever los tipos de APP que la ley contempla. De la misma manera, en el artículo 14 se encuentran tipos de proyectos públicos susceptible de APP, resumidos en la Tabla 1.

Tabla 1: Tipos de alianzas público privadas

Tipo de Proyecto Público (con base al art. 2)	Tipo de APP (con base al art. 14)
Obras	<p>Art. 14. 1.- La construcción, el equipamiento cuando se le requiera, operación y mantenimiento de una obra pública nueva para la provisión de un servicio de interés general.</p> <p>Art. 14. 2 La rehabilitación o mejora, el equipamiento cuando se lo requiera, operación y mantenimiento de una obra pública existente para la provisión de un servicio de interés general.</p> <p>Art 14.3 El equipamiento cuando la inversión requerida para este propósito sea sustancial, la operación y mantenimiento de una obra pública existente para la provisión de un servicio de interés general.</p> <p>Art. 14.4 La operación y mantenimiento de una obra pública existente para la provisión de un servicio de interés general cuando se justifique mejoras sustanciales en esta materia a través de la participación privada en la gestión;</p>
Servicios	<p>Art. 14.5 La construcción y comercialización de proyectos inmobiliarios, vivienda de interés social y obras de desarrollo humano, siempre que sean calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional;</p> <p>Art 14.6 El desarrollo de actividades productivas, de investigación y desarrollo y en general en las que participe el Estado directamente y en concurrencia con el sector privado, siempre que sean calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional.</p>
Bienes	<p>Art. 14.7 Los demás calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional.</p>

Fuente: Ley APP. **Elaboración:** La Autora (2017).

Lo que se evidencia es que estos tipos de proyectos constituyen a los mismos tipos de concesión, sean estos de provisión de servicios y obra en concordancia con las disposiciones constitucionales. Sin embargo, parecería que el ímpetu con el que se aprobó la ley, ha permitido considerar que incluso la ley es inconstitucional, básicamente porque

⁹² Ley de Incentivos para Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.* Artículo 2.

abre el paso indiscriminado a las APP cuando la delegación a la iniciativa privada opera de manera excepcional, tema que se analizará posteriormente en el tercer capítulo.

2.3.3 Elementos

Siendo el contrato de gestión delegada de carácter administrativo, contempla ciertos elementos característicos de contratos de este tipo. Además, el artículo 4 del Reglamento APP⁹³ (contempla los elementos esenciales mínimos de los proyectos APP y de los contratos de gestión delegada descritos como *contratos APP* en dicho reglamento. Éstos son:

a) *Sujetos*: Este contrato vincula a las partes contratantes, a quienes la Ley ha definido como entidad delegante y gestor privado, en sus artículos 9 y 10 de la Ley APP⁹⁴. Sobre la entidad delegante se dispone:

Artículo 9.- De la Entidad Delegante. Es la entidad pública a cargo de la evaluación de los proyectos públicos, los aspectos precontractuales y contractuales, la adjudicación y suscripción de los contratos de gestión delegada, su administración y supervisión. A la autoridad delegante le corresponde requerir al Comité Interinstitucional la aprobación del proyecto público, aplicación de los incentivos y beneficios previstos en esta Ley para los proyectos públicos que promuevan.

Esto quiere decir, que el Estado mediante sus instituciones encargadas, llamada entidad delegante es responsable por la evolución del proyecto, el desarrollo del contrato, la adjudicación del proyecto y suscripción del contrato así como la administración y supervisión del mismo. Sin embargo, la aprobación del proyecto es responsabilidad del Comité APP. Por otro lado, el gestor privado se encuentra regulado de la siguiente manera:

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

Por tanto, la entidad delegante pertenece a la administración pública que manda un proyecto elegido y solicita al Comité APP la aprobación del mismo. Mientras que, el gestor privado corresponde a un sujeto de derecho privado constituido legalmente, que

⁹³ Reglamento Ley de Incentivos para Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.*, Artículo 4.

⁹⁴ Reglamento Ley de Incentivos para Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.*, Artículo 9 y 10.

cuenta con el capital suficiente de inversión en el proyecto, quien debe contar con un registro único de contribuyentes para el desarrollo del proyecto en virtud de lo que establece el artículo 10 de la Ley APP. Con este hecho, se empieza a notar la similitud en este elemento respecto de la concesión, ya que en la misma se tiene a los mismos sujetos con un cambio de nombres, en ese caso concedente y concesionario.

b) *Distribución adecuada de riesgos*: Según el artículo 3 numeral 2 de la Ley APP, la distribución del riesgo de un contrato de gestión delegada debe ser asumido tanto por el ente delegante como por el gestor privado, después de una valoración riesgo beneficio del proyecto. Esta norma, en palabras textuales se identifica con la doctrina, ya que sobre la adecuada distribución de riesgos recae la base a las APP. Sin embargo, es necesario prestar atención sobre este tema más adelante, debido que en varios momentos la Ley APP se contrapone a este principio, ya que la distribución adecuada de riesgos se limita en la medida en que por motivos de sostenibilidad fiscal, el Estado no se ve afectado si existe algún tipo de contingente en el proyecto. Además, al tenor literal de la prescripción legal la distribución adecuada de riesgos presenta ambigüedades.

c) *Un esquema de obligaciones bilaterales de largo plazo*: Sobre este aspecto, la Ley APP no establece de manera definida cuáles son estas obligaciones. Sin embargo, del análisis de la figura, entre las obligaciones más importantes se encuentran para el Estado: el control y supervisión del proyecto; mientras que para el privado: la obligación de hacer en cuanto a la prestación de un servicio o construcción de una obra.

d) *Indicadores de desempeño, niveles de servicio u otros equivalentes con énfasis en la calidad del servicio a los usuarios*: En cuanto a este punto, la Ley APP tampoco indica un sistema o un procedimiento mediante el cual se podría determinar que variables de desempeño se usarían o como sería manejaría los factores de determinación de calidad.

e) *La forma de contraprestación establecida al gestor privado*: Que podrá ser a través de tarifas pagadas por los destinatarios, pagos diferidos del sector público, una combinación de ambas u otras que establece la Ley APP. Lo peculiar de este elemento es que da la oportunidad a otras formas de contraprestación para el gestor privado. Sin embargo, la Ley APP no establece otras formas de contraprestación. Adicionalmente, el

tema de la forma de contraprestación debería estar determinado por la misma y no en un reglamento⁹⁵.

f) *Combinación total o parcial de las etapas de planificación, diseño, construcción, financiamiento, comercialización, operación o mantenimiento*: Que están en función de lo establecido en el artículo 14 de la Ley APP, que básicamente se refiere a los tipos de proyectos APP que pueden existir.

g) *El régimen de incentivos y beneficios aprobados por el Comité Interinstitucional*: En la disposición reformativa segunda de la Ley APP están regulados los incentivos que se ofrecen a las APP, que modifican la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador⁹⁶ y que deben ser debidamente aprobados por el Comité APP. Además, por Decreto Ejecutivo 1040 se expidió el Reglamento a la Ley de Incentivos para Asociaciones Publico Privadas⁹⁷. También por Decreto Ejecutivo 736 se expidieron normas reglamentarias en materia tributaria para la aplicación de la Ley APP⁹⁸. Entre los incentivos se encuentran los siguientes: Exención al Impuesto a la Salida de Divisas (ISD), Exención de los pagos efectuados por la sociedad a los financistas del proyecto, Exención de los pagos efectuados por cualquier persona o sociedad en razón de la adquisición de acciones, derechos o participaciones de la sociedad estructurada para la ejecución de un proyecto público.

Otro incentivo tributario para los proyectos APP es la exención en el pago del impuesto a la renta por diez años contados a partir del primer ejercicio fiscal en el que se generen ingresos operacionales. De la misma manera ocurre, con el pago de dividendos pagados dentro del plazo de diez años a partir del primer ejercicio fiscal⁹⁹. Con respecto al impuesto al valor agregado (IVA), el incentivo es que no se realizará la retención del IVA para las sociedades creadas para el desarrollo de proyectos públicos de APP¹⁰⁰.

⁹⁵ “Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración”. Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, Artículo 147, numeral 13.

⁹⁶ Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador. Registro Oficial suplemento 242 de 29 de diciembre de 2007.

⁹⁷ Reglamento a la Ley de Incentivos para Asociaciones Publico Privadas. *Óp. cit.*

⁹⁸ Normas reglamentarias en materia tributaria para la aplicación de la Ley APP. Registro Oficial suplemento 736 de 19 de marzo de 2016.

⁹⁹ Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo Innumerado después del artículo 15. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre 2004.

¹⁰⁰ Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. *Id.*, Artículo 148.

h) *La determinación de los aspectos regulatorios sectoriales específicos*: Aquellos que se encuentran sometidos a la garantía de estabilidad jurídica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la Ley APP, que se refiere a que los aspectos de regulación sectorial declarados esenciales en el mismo no pueden ser revocables.¹⁰¹ De tal manera que, el acto administrativo que adjudique un contrato administrativo de gestión delegada no podrá ser revocado por la autoridad que lo emite ni por vía judicial en general. Por lo dicho, se considera que la intención es que el contrato de gestión delegada debe estar en concordancia con la Constitución y respetar tratados internacionales.

Se ha observado a lo largo del análisis de esta sección, que la APP, en primer lugar, es una modalidad de gestión delegada diferente al de la concesión, que son de 3 clases: provisión de bienes, servicios y de obras y finalmente; el contrato de gestión delegada tiene varios elementos como el de distribución adecuada de riesgos, los sujetos intervinientes y los incentivos, los cuales van a ser expuestos de manera particular en la siguiente sección.

2.4 Diferencias y semejanzas entre la concesión y la APP en la legislación ecuatoriana

Como se puede observar en la tabla 2, que en cuanto al régimen legal ecuatoriano, la concesión y las APP comparten una definición muy similar, al igual que los sujetos intervinientes en la relación los cuales básicamente son el Estado y los privados; en cuanto al objeto, ambas figuras son modalidades de prestación de servicios y de obras; que están bajo el control del Estado; son por un tiempo indefinido dependiendo de la estipulación de las condiciones del contrato, siempre bajo el presupuesto de interés público. Se nota, por tanto, que existen muchas similitudes entre ambas figuras, lo cual parece lógico en virtud de que las concesiones son una de las formas de APP.

Ahora bien, básicamente, la diferencia entre ambas figuras, en el ordenamiento jurídico, recae en la retribución que tiene el privado. En la concesión, como se vio en el análisis de la doctrina y ahora en el entorno legal, se observa que el riesgo del negocio recae en el operador privado. Mientras que, la APP se observa la distribución adecuada de riesgo; lo que parecería adecuarse al mismo elemento doctrinario que se encuentra en

¹⁰¹ Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 3. Buenos aires: Editorial FDA, 2011. http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo6.pdf (Acceso: 24/08/ 2016).

la APP revisada en el primer capítulo. Sin embargo, la Ley APP no prevé a que se refiere con la “adecuada” distribución del riesgo, elemento que se profundizará más tarde en el tercer capítulo.

Finalmente del análisis resultante, se puede observar que a nivel legal ecuatoriano, la concesión y las APP son figuras similares que están previstas en la ley como modalidades de gestión diferentes. Por lo cual, existe una contradicción a nivel doctrinario, debido a que en Ecuador, se crea una nueva modalidad de delegación, sin descartar a la concesión como otro modelo de delegación. Mientras que, según lo estudiado en el capítulo 1, a nivel doctrinario las APP son un concepto macro que contiene a las concesiones.

Tabla 2: Diferencias en marco jurídico de la concesión y las APP en el Ecuador

	Concesión	APP
Definición	Es una modalidad de delegación por la que el Estado encomienda a un privado la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación.	Es la <i>modalidad de gestión delegada</i> por la que el Estado encomienda al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el <i>contrato de gestión delegada</i> .
Sujetos	Concedente-concesionario	Entidad delegante- gestor privado
Objeto	Provisión de servicios públicos y ejecución de obra	Provisión de servicios públicos y ejecución de obra
Temporalidad	Tiempo indefinido, a plazo fijo	Tiempo indefinido pudiendo alargarse dependiendo de la calidad del proyecto.
Obligaciones	A cuenta y riesgo del concesionario	Distribución adecuada de los riesgos
Control del Estado	Sí	Sí
Finalidad	Interés público	Interés público
Clases	Obras y servicios	Obras, servicios entre otros.
Contraprestación	Tarifas pagadas por los usuarios, pagos diferidos del sector público.	Tarifas pagadas por los destinatarios, pagos diferidos del sector público, una combinación de ambas u otras que establece la Ley APP

Fuente: LME y Ley APP **Elaboración:** La Autora (2017).

Por tanto queda claro, que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tanto la concesión como las APP son figuras independientes. Es por esto que resulta importante profundizar acerca del tema, ya que este aspecto es el eje principal del análisis en este trabajo de investigación, que consiste en determinar que existen deficiencias en la regulación de las APP en Ecuador, tema que se analizará de manera extensiva en el tercer capítulo.

Capítulo III: Deficiencias de la regulación de las APP en el Ecuador

En esta parte de la investigación se expondrán los argumentos que sostienen la hipótesis de este trabajo, que afirma que la Ley APP no es esencialmente novedosa y tiene muchos vacíos; por lo tanto, la convierten en una regulación inadecuada que puede prestarse para posibles atropellos por parte del Estado. Se pondrá especial atención a las dos figuras materia de este trabajo de investigación en virtud de la óptica doctrinaria expuesta en el capítulo 1 y el entorno legal expuesto en el capítulo 2, para dar fundamento a los motivos por los cuales se considera que la regulación de las APP tiene considerables deficiencias.

3.1 La regulación sobre las APP no es novedosa

En esta sección se podrá observar que la regulación vigente sobre las APP no es novedosa, en virtud de tres aspectos fundamentales: el tipo contractual expuesto en la Ley APP no tiene una diferencia sustancial respecto de la concesión; la Ley no contiene otros tipos de APP revisadas en el capítulo 1, y se determinará que incluso si la ley las previera, no aportara nada nuevo a la legislación; y, finalmente, las normas tendientes a establecer el proceso de adjudicación del contrato es el mismo tanto para las concesiones como para las APP y, teniendo en cuenta que la APP es mucho más que una concesión, debería abarcar otros temas procedimentales que se explican en el desarrollo de esta sección.

3.1.1 El tipo contractual no tiene ninguna diferencia sustancial

En el apartado 2.2.1 del segundo capítulo de este trabajo se ha determinado que, la concesión no tiene una definición exacta en la ley ecuatoriana. Sin embargo, dada la norma constitucional sobre la titularidad del Estado para la prestación de los servicios públicos y la norma de la excepcionalidad de la delegación a la iniciativa privada, contempladas en los artículos 314 y 316, se puede considerar que la definición en Ecuador se compagina con la doctrinaria. La concesión, por lo tanto, es un acto por el cual, el Estado delega a la iniciativa privada la prestación de un servicio o la ejecución de una obra a su cuenta y riesgo. Esta definición es la más aceptada por la doctrina y por la

legislación ecuatoriana. Luego en el segundo capítulo se analizó la definición de APP, la cual si está recogida en una norma, que establece:

Artículo 8.- De la Asociación Público-Privada. Se define por asociación público-privada la modalidad de gestión delegada por la que el Gobierno Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados encomiendan al gestor privado, la ejecución de un proyecto público específico y su financiamiento total o parcial, para la provisión de bienes, obras o servicios a cambio de una contraprestación por su inversión, riesgo y trabajo, de conformidad con los términos, condiciones, límites y más estipulaciones previstas en el contrato de gestión delegada¹⁰².

De esta definición que prescribe la ley, se puede apreciar que el concepto es muy parecido al de la concesión en Ecuador; por cuanto, se puede observar que ambas instituciones son modalidades de gestión, por la que el Estado encomienda a un privado la prestación de servicios públicos o ejecución de obras, a cambio de una contraprestación. Además se puede apreciar que la única diferencia entra las dos figuras es el tipo de financiamiento que se le da a la APP, que, según la normativa, puede ser total o parcial.

Además, la ley incluye el término *distribución adecuada de riesgos*, que es sin duda, la innovación que trae la APP en base a la doctrina, producto de la colaboración que existe entre sectores. Pareciera lógico pensar, que si existe colaboración desde antes de la determinación de un proyecto, también exista riesgos repartidos entre las partes intervinientes. Es por esto que la Ley APP describe a la distribución adecuada de riesgos como:

[...] una identificación y valoración de los riesgos y beneficios durante la vigencia del proyecto, los cuales serán asumidos, transferidos o compartidos por la entidad pública delegante y el gestor privado, de conformidad con lo establecido en el contrato.¹⁰³

A primera vista, parecería que la intención del legislador es en efecto, el reconocimiento de la distribución adecuada de riesgos entre sectores. Sin embargo, se puede apreciar que el concepto es muy ambiguo ya que no se especifica a que riesgos se refiere. Entonces, cuando se habla de una APP en Ecuador, es incierto si la distribución de riesgos puede ser de los aspectos del negocio o de los aspectos no previsibles o de

¹⁰² Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.* Artículo 8.

¹⁰³ Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.* Artículo 3.

ambos. Pudiendo ser en la práctica, que la distribución de riesgos solo sea de los aspectos no previsible del proyecto, con lo cual, se concluiría en que se habla de una concesión en términos conceptuales. Esta suposición es una posibilidad que emana de la misma prescripción que trae la Ley, que hace ambiguo al concepto de las APP y que en última instancia podría entenderse en los mismos términos que una concesión.

Además, hay ciertos elementos que podrían ser limitantes al principio de la distribución de riesgos; ejemplo, de estas limitantes es el principio de sostenibilidad fiscal, el cual se refiere a que la capacidad de pago del Estado no puede comprometer la sostenibilidad de las finanzas públicas ni la prestación regular del servicio. Lo que se considera inapropiado en la medida en que el Estado se protege a sí mismo si se encuentra incapacitado de pagar. Esto puede derivar en inseguridad para los usuarios y para el gestor privado y trae la posibilidad de que incluso, con la presión económica que vive el país, el Estado no se encuentre en la capacidad de pagar, por lo que se considera que este principio le da, en cierta forma, la prerrogativa al Estado de decidir que los proyectos sean realizados bajo la modalidad APP que en realidad puede ser una concesión, dependiendo de los intereses que tenga. Es decir, se tendría una concesión vestida de APP.

Ejemplo de la inadecuada distribución de riesgos podría ser la consecuencia de una de las funciones del Comité, que establece que “el riesgo de planificación, diseño, operación y mantenimiento de proyectos corre a cuenta del gestor privado”; cuando en el supuesto de colaboración público privada debería desde antes de la adjudicación del contrato. Es importante que tanto Estado y privado participen en la colaboración y no se limiten los riesgos a una de las partes. Lineamientos como estos limitan el principio de la distribución adecuada de riesgos, generando inseguridad y falta de cooperación de sectores.

En resumen, se identifican dos razones por las cuales la Ley no es novedosa: (1) la definición de concesión y de APP en Ecuador son lo mismo; y, (2) la Ley APP entre sus principios principales incluye a la distribución adecuada de riesgos, no obstante este elemento es ambiguo en su definición y se encuentra limitado por otros principios que la misma Ley establece, de tal manera que se podría pensar que la norma solo es una declaración de buenas intenciones que en la práctica serían aplicables en virtud de los intereses del Estado, o peor aún, de los intereses del gobierno de turno.

3.1.2 No se regulan los tipos de APP y aunque estuvieran regulados no constituyen un cambio sustancial.

Como se pudo observar en el capítulo 1, doctrinariamente, existen concesiones de servicios y de obra, clasificación que concuerda con lo que sucede en Ecuador, a pesar de no tener un concepto delimitado en la Ley. Esto se deduce del mismo artículo del cual se desprende la responsabilidad única y exclusiva de prestación de servicios y de obras por parte del Estado ecuatoriano (art. 314 Const.).

De la misma manera, los tipos de APP propuestos por la Ley APP son de bienes, servicios y obras (ver tabla 1). Se puede observar, en primera instancia que, la Ley no trae nuevas formas de APP, ni las señala de manera textual, haciendo referencia a cada una de ellas. No obstante, respecto de lo que establece la doctrina, existen algunos tipos de APP que se dividen en la cantidad de poder que tenga el Estado en cada una.

Por ejemplo, los contratos civiles son contratos que el Estado celebra para la operación de ciertos aspectos del servicio; por lo que en esencia se trata de un contrato civil en la medida en que existen obligaciones bilaterales entre las partes; los BOT y BDT en esencia, y como se ha hecho referencia en el apartado 2.3.2, son concesiones con la diferencia de la cantidad de financiamiento que provea el Estado al proyecto. El contrato de servicios no implica un servicio público, sino ejecutar una actividad complemento para el funcionamiento o buena gestión de la Administración¹⁰⁴; por ejemplo: el contrato de limpieza de un edificio donde se encuentra una institución pública. El contrato BOT es básicamente una concesión en la cual el Estado paga al concesionario por su labor; ejemplo: el contrato de concesión realizado para la construcción, operación, manteniendo del aeropuerto de Quito por 30 años¹⁰⁵. Y, finalmente, las Joint Ventures, que son figuras societarias por medio de las cuales existe una relación estratégica entre partes para lograr un objetivo,¹⁰⁶ que han sido usadas anteriormente en Ecuador como por ejemplo la Joint

¹⁰⁴ Guías Jurídicas. *Contrato administrativo de servicios*. Walters Kluwers. Guías Jurídicas.es. Recuperado de http://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAU MjAzNTtLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQGGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAV6iPoTUAAAA=WKE (acceso: 24/05/2017)

¹⁰⁵ Consejo del Distrito Metropolitano de Quito. Resolución C-0035 de 8 de febrero de 2010. Recuperado de http://www7.quito.gob.ec/mdmq_ordenanzas/Resoluciones%20de%20Concejo/A%C3%B1o%2020210/RC-2010-035.pdf (acceso: 24/05/2017)

¹⁰⁶ Maguiña, Raúl. "Joint Venture: Estrategia para lograr la competitividad empresarial en el Perú". *Revista Indata*. Vol. 7, p. 73-78. Recuperado de

Venture Rio Napo, conformada por Pdvsa y Petroecuador. Todas estas figuras, hayan o no sido eficientes para la economía ecuatoriana, ya han sido aplicadas en Ecuador con anterioridad.

No es el objetivo de este trabajo afirmar que estos tipos de APP no están regulados en la Ley APP y, por tanto, la norma no es novedosa. A lo que se quiere llegar, a partir de este análisis, es que, aun en el supuesto de que la Ley incluyera dichas figuras, es importante dejar en claro que estas figuras ya habían sido usadas por el Estado antes de la promulgación de la Ley APP en 2015. Por tanto, esta es la razón por la cual se considera que la Ley no introduce novedad significativa al sistema legal ecuatoriano.

Se puede concluir, entonces, como primer punto, que la Ley no trae nada más que los tipos de concesión previstos anteriormente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; y, como segundo punto que, aun en el supuesto en que la Ley si trajera estos tipos de APP, dichas figuras no son nuevas en la legislación ecuatoriana. De tal manera, que en cuanto a tipologías nuevas de delegación a la empresa privada, la Ley no estipula nada novedoso.

3.1.3 Procedimiento de adjudicación es el mismo

En el capítulo 2 se expuso el procedimiento que se llevaba a cabo para la adjudicación de la concesión previo a la suscripción del contrato que básicamente se ajusta a la doctrina, por cuanto, la figura mayormente usada es la licitación pública o concurso público. En resumen, el proceso de adjudicación de concesión funcionaba de la siguiente manera: en primer lugar, la entidad concedente, el CONAM, convocaba al concurso público, por regla general, mediante la publicación de un pliego de condiciones; luego, los oferentes enviaban sus respectivas ofertas hasta la fecha preestablecida; finalmente, el CONAM calificaba las ofertas y adjudicaba en virtud de la oferta que se ajustaba no solo en presupuesto, sino la que se consideraba beneficiosa para el interés público.

En el segundo capítulo además, se dejó claro que el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado era el cuerpo normativo que regulaba estos procesos. Sin embargo, por mandato del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1006¹⁰⁷, se derogó el reglamento; por lo cual, no existen bases normativas para los procesos de contratación de

http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/indata/Vol7_n1/pdf/joint.pdf
(acceso: 24/05/2017)

¹⁰⁷ Decreto Ejecutivo No. 1006. Registro Oficial Suplemento 760 de 23 de Mayo del 2016.

la delegación en materia de concesiones. Sumado a esto, la Asamblea Nacional aprobó el Proyecto de Ley de Código Orgánico Administrativo, el cual derogó por completo la Ley de Modernización¹⁰⁸. Por lo cual, una vez que dicho Código entre en vigencia no solo que no existe procedimiento de contratación sino que no habrá rastro normativo sobre la figura de la concesión en Ecuador.

Siguiendo con el análisis, el procedimiento de contratación de las APP, según la Ley, es muy similar en la medida en que se regula de la siguiente manera: en primera instancia, la entidad delegante, al igual que la entidad concedente, elabora un pliego de condiciones en base a los lineamientos que el Comité APP hubiese establecido; luego, se convoca a un concurso público para la presentación de ofertas por los gestores privados; seguido de esto, la entidad delegante califica y selecciona un proyecto y el Comité APP aprueba y aplica los incentivos del proyecto; para que, finalmente, la entidad delegante adjudique el contrato.

Hasta ahora, se puede observar que el procedimiento es bastante similar para ambas figuras. Sin embargo, por ser la APP una modalidad de delegación macro que contiene a la concesión, como se refleja en el primer capítulo, se considera que debería tener un procedimiento más especializado, en el que se refleje una verdadera colaboración público privada, aspecto que se analiza detenidamente más adelante; y que inserte ciertos aspectos que la doctrina explica de manera explícita y que deberían estar incluidas en la ley.

Según las guías de APP de la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico, hay varias fases en el desenvolvimiento del proceso de contratación que envuelven a la APP: primero, actividades preparatorias e identificación del proyecto; segundo, desarrollo del proyecto y due diligence; tercero, acuerdos de implementación y pre-contratación; cuarto, ejecución del proyecto según el contrato y manejo formal del contrato y resolución de controversias¹⁰⁹, las cuales serán explicadas, de manera general, en base a las guías referenciales, a continuación.

¹⁰⁸ Proyecto de Ley Código Orgánico Administrativo. Disposición derogatoria segunda. Recuperado de <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalna/meuid-29/Leyes%202013-2017/184-cod-admin-vchica-15-12-2015/op-cod-adm-22-05-2017.pdf> (acceso: 29/05/2017)

¹⁰⁹ Quium, Abdul. *A guide book on Public- Private Partnership in infrastructure*. UNESCAP: Bangkok, (2011), p. 17. Recuperado de http://www.unescap.org/sites/default/files/ppp_guidebook.pdf (acceso: 22/05/2017)

La primera fase se trata de las actividades preparatorias para la identificación del proyecto, la cual implica la preparación de un portafolio potencial de proyectos APP, teniendo en cuenta las ideas de planes preexistentes, de la iniciativa privada solicitados o no por el Gobierno. Se considera que este es el primer acercamiento que tiene el Estado con el sector privado, en el cual se genera un vínculo que no necesariamente derive en un contrato adjudicado. Luego se definen las principales necesidades a cubrir, objetivos del proyecto y posibles problemas a resolver. También se determina que capacidad tiene el gobierno para manejar el proyecto, sea como inversor, sea como garantizador de las leyes o sea como controlador.

La segunda fase se trata de un estudio de factibilidad mediante el cual se analiza que proyecto se acomoda a los aspectos determinados en la fase 1, el costo-beneficio social que pueda tener el proyecto, teniendo en cuenta tanto el beneficio público como el privado. Así, en esta fase se realiza un exhaustivo análisis realista sobre los costos del proyecto, sean estos de inversión, operación, mantenimiento entre otros¹¹⁰. Para realizar este análisis es importante la participación de *stakeholders*¹¹¹, quienes son los posibles afectados o beneficiados por el proyecto, como grupos sociales, personas jurídicas, proveedores y trabajadores, ya que ellos son la clave del éxito de la APP, pues gracias a la participación de varios sectores, se generan las condiciones sobre las cuales se desarrolla el proyecto que serán establecidas de una manera eficiente y clara y que, además, compromete a los sectores involucrados en su realización.

Una tercera fase del proceso se trata de la implementación del proyecto en base a los procesos destinados a que se promueva la adquisición justa y transparente del proyecto, considerando una vez más las bases legales de los procesos, mediante igualdad de oportunidades para los oferentes que termina por la implementación de ciertos acuerdos en virtud de la calificación de expertos en el tema del proyecto.

La fase final implica el manejo y gestión del contrato y la resolución de controversias, en esta fase se parte de la idea de que el proyecto ha sido adjudicado. Esta fase contribuye

¹¹⁰Felsing, Klaus y otros. *Public Private Partnership Handbook*, Asian Development Bank, p. 51. Recuperado de <https://www.adb.org/documents/public-private-partnership-ppp-handbook> (acceso: 23/05/2017)

¹¹¹ IECE Business School. "La evolución del concepto Stakeholders en los escritos de Ed Freeman". *Newsletter No. 5 Otro punto de vista*. Universidad de Navarra. 2009. Recuperado de http://www.iese.edu/es/files/La%20evaluaci%C3%B3n%20del%20concepto%20de%20stakeholders%20seg%C3%BAn%20Freeman_tcm5-39688.pdf (acceso: 29/05/2017)

a obtener respuestas inmediatas a las desviaciones que puede tener el proyecto en el curso del mismo mediante la administración del contrato, gestión del servicio que se pretende prestar y la relación contractual que exista entre las partes. Lo que menos se quiere después de un proceso desarrollado, estudiado exhaustivamente y adjudicado con transparencia, es tener problemas en el camino del proyecto¹¹²

Es por eso que esta fase se centra en los problemas que puede haber en la administración del proyecto; por ejemplo, en el contrato pueden existir problemas como ciertas eventualidades que pueden desviar las condiciones del contrato y su financiamiento; en cuanto a la prestación del servicio, cuando existen problemas por la calidad del servicio que se requiere prestar y en cuanto a problemas de las relaciones existentes entre las partes, por ejemplo, desacuerdos, falta de comunicación o de compartir información.

A manera de resumen, se puede observar que es necesario tener un marco legal delimitado de tal manera que todas las fases estén claras. Es por esta razón que se considera que todas estas fases deberían estar incluidas en la Ley; de manera que, tanto el Estado como los privados tengan un marco referencial sobre el cual deben trabajar.

En el peor de los casos, asumiendo que estas fases no consten en la Ley como procedimiento formal para la adjudicación de un contrato, como se ha visto en el análisis de esta sección, es absolutamente fundamental la participación del privado en el proceso, incluso antes de la determinación del proyecto; aspecto que no solo debe hacerse constar como “distribución adecuada de riesgos”, sino que es necesaria una verdadera colaboración público privada, tema que no se encuentra delimitado de ninguna manera en la Ley, considerando entonces que la Ley no es novedosa ya que la misma prevé un procedimiento igual al previsto en la regulación de las concesiones.

3.2 La regulación sobre las APP tiene vacíos

En este apartado se podrá observar las razones por las cuales se considera que la Ley APP tiene vacíos importantes. Dichas carencias son de carácter institucional, operativo y legal; cada una será analizada detenidamente; por lo cual, finalmente, se concluye que, lo

¹¹² Prats, Joan. *La gobernanza de las alianzas público- privadas: Un análisis comparado en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo. 2016. pp. 2-3 Recuperado de <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8041/La-gobernanza-de-las-alianzas-publico-privadas-un-analisis-comparada-de-America-Latina.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (acceso 01/06/2017)

mejor es reformar aspectos de la legislación vigente, que tener una ley más, que por la cantidad de vacíos, solo aporta con incertidumbre e inseguridad jurídica.

3.2.1 Carencias institucionales

El Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas explica que es necesario que el sistema institucional que rodea a las APP sea organizado y tenga planteamientos legales claros sobre cada una de sus funciones. De esta manera, hay cuatro aspectos que son cruciales que el sector público pueda manejar, para la eficiencia de un proyecto público: (1) identificar correctamente los proyectos donde una APP podría ser viable, (2) estructurar contratos en los cuales haya un adecuado acuerdo de precios y distribución de riesgos, (3) establecer procesos de contabilidad fiscal que sean transparentes y (4) establecer regulaciones legales que permitan monitorear los precios y calidad del servicio.¹¹³ En otras palabras, es necesario que el Estado tenga capacidad institucional suficiente para crear, manejar, evaluar y monitorear las APP.

En virtud de estas premisas expuestas, se analizará el marco legal que trae la Ley APP para crear el sistema institucional sobre APP en Ecuador y analizar cada una en sus funciones para observar las deficiencias que tiene el mismo.

Antes de la promulgación de la Ley APP, la exposición de motivos claramente establecía el objetivo de la misma en “coadyuvar en el desarrollo del marco institucional y legal para la facilitación del uso de la modalidad de APP”¹¹⁴. Sin embargo, según la Ley APP, la entidad encargada de cumplir con los cuatro aspectos arriba señalados es el Comité APP. De acuerdo a la Ley, dicha institución tiene las siguientes atribuciones:

Definir sectores en los que se promoverá la APP, verificar que se utilice el componente nacional respecto a tecnología y talento humano, aprobar los proyectos APP por petición de la entidad delegante, determinar políticas y lineamientos de aplicación de beneficios, expedir notas generales sobre la aplicación de la APP, conformar grupos técnicos para la evaluación de proyectos, entre otros¹¹⁵.

¹¹³ KS Jomo *et al.* *Public-Private Partnerships and the 2030 Agenda for Sustainable Development: Fit for purpose?* Departamento de asuntos económicos y sociales de Naciones Unidas, 2016, p. 16. Recuperado de http://www.un.org/esa/desa/papers/2016/wp148_2016.pdf (acceso: 25/05/2017)

¹¹⁴ Proyecto de Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. Recuperado de <http://www.eltelegrafo.com.ec/images/eltelegrafo/portafolio/2015/Proyecto%20de%20Ley%20Orgnica%20de%20Incentivos%20para%20Asociaciones%20Pblico-Privadas,%20y%20la%20Inversin%20Extranjera%20Tr.%20225776T.pdf> (acceso:07/06/2017)

¹¹⁵ Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.* Artículo 6.

Respecto al primer aspecto (identificar si el proyecto es viable como proyecto APP), el Comité APP tiene, entre sus funciones, la de definir sectores en los que se permiten las APP, determinar lineamientos respecto de la aplicación de la APP, lo cual es una función básica del Comité. Sin embargo, ni la ley ni el Reglamento APP prevén bajo que lineamientos el Comité debe hacer su análisis de viabilidad. Por lo cual, se considera que es importante que existan ciertos elementos rectores del proceso de evaluación y aprobación de los proyectos. Tan importante es esta variable, que las guías referenciales del Banco Mundial sostienen que muchos proyectos APP fallan justamente porque no son evaluados exhaustivamente antes de aprobarlos y ejecutarlos. Por ejemplo, en África en el sector de la salud, algunos centros médicos en algunas zonas urbanas fueron implementados mediante APP. Sin embargo, la Unidad APP en dicho país no se percató que en dichas zonas urbanas hay personas que pueden acceder a salud pagada incluso invirtiendo en hospitales privados, mientras que lo que de verdad se necesitaba era una red medica universal, tema que fue ignorado por el Estado en aquel momento¹¹⁶

Ahora bien, como se observó en el capítulo 2, el Comité está conformado por instituciones del sector público, lo cual puede ser un gran problema a la hora de aprobar un proyecto por tres razones: por la naturaleza colaborativa de la APP, por la aprobación del proyecto en cuanto a términos económicos y por el marco regulatorio que debe existir para establecer los mismos.

Primero, la naturaleza de la APP es la colaboración entre sectores; es por esto que la doctrina considera, y este trabajo se adhiere a esta posición, de que es de suma importancia que el sector privado pueda colaborar incluso en el proceso de aprobación y segundo, porque aun cuando la norma permita en circunstancias que el Comité considere poder conformar grupos técnicos de evaluación, el Comité sigue siendo un órgano colegiado de la función ejecutiva, por lo que este hecho podría representar un inconveniente en el cual el poder del ejecutivo pueda intervenir en la aprobación de proyecto; y, además, la función de la evaluación, viabilidad del proyecto respecto de elementos técnicos, económicos y financieros le corresponde por ley a la entidad delegante.

¹¹⁶ KS Jomo *et al.* *Public-Private Partnerships and the 2030 Agenda for Sustainable Development: Fit for purpose?* *Óp.cit*, p. 18.

Como segundo punto, para la selección de un proyecto APP es importante que el sistema institucional del país permita establecer en los contratos la distribución de riesgos y la fijación de precios. Según, el Fondo Monetario Internacional, la distribución de riesgos y fijación de precios es esencial para la prestación de servicios de alta calidad y de costos efectivos¹¹⁷. Sin embargo, según estudiosos sobre el tema, en el sector eléctrico en Ecuador, “los precios están altamente subvencionados y distorsionados, lo que reduce las señales de escasez necesarias para fijar correctamente los precios”¹¹⁸. Lo cual solo evidencia la deficiencia desde años anteriores a la expedición de la Ley.

Como se observó en la sección anterior, la distribución de riesgos se define entre los principios de los proyectos APP. Sin embargo, ni en la Ley ni en su reglamento se define lineamientos para dicha distribución; por lo cual, esta cualidad depende netamente de la capacidad institucional que tenga el Estado para poder establecerlos. Lo mismo sucede con los incentivos tributarios en cuanto a la contabilidad fiscal que tenga el Estado, los cuales son determinados por el Comité para cada proyecto. Así, la transparencia y seguridad jurídica que pueda generar un proyecto APP depende netamente del Estado y, tomando en cuenta que no existen lineamientos base para dicha función, empiezan a verse lejos los objetivos que deben cumplir las APP.

Finalmente, para poder conseguir evaluar la viabilidad de proyectos, establecer una buena regulación de precios y riesgos así como beneficios tributarios es fundamental tener un marco regulatorio suficiente como para que dichos procesos puedan funcionar con bases y para asegurar a una competencia transparente y permitir a los operadores privados tener la seguridad de que el proceso no tiene desviaciones y ambigüedades

Ahora bien, ambos aspectos anteriormente citados flaquean en la organización institucional del Ecuador, primero, porque la Ley no tiene una regulación eficaz sobre las funciones que tiene el Comité APP y, segundo, porque no prevé una verdadera colaboración entre sectores, lo cual solo genera inseguridad y falta de transparencia en el proceso. Lo cual deja como conclusión que la incapacidad del sistema institucional creado

¹¹⁷ Fondo Monetario Internacional. *Public Private Partnerships*. 2004. Recuperado de <http://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf> (acceso: 26/05/2017)

¹¹⁸ Fondo Multilateral de Inversiones. *Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe Infrascopes 2010*. Economist Intelligence Unit., 2010, p. 23. Recuperado de <http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Infrascopes/Infrascopes%202010.pdf> (acceso: 26/05/2017)

por el Estado, al no ser transparente y no permitir la participación de interesados en el proceso, solo crea malestar y oposición hacia la APP¹¹⁹.

3.2.2 Carencias operativas

El objetivo principal de la Ley APP es regular los incentivos tributarios como una forma de dar una imagen de fomento a la productividad del país. Sin embargo, aún no se cuenta con las bases indispensables para que los privados puedan tener certeza de cómo funciona y cómo se manejan los procedimientos en la aprobación de proyectos. Esto es, distinguiendo cada tipo de proyecto, las formas de financiamiento, el procedimiento del contrato de gestión delegada, en cuanto a su modificación, prorrogas, causales de terminación o control del proyecto.

En otras leyes regionales sobre la materia¹²⁰ existe la posibilidad de que el Comité APP o el organismo competente evalúe un proyecto aun cuando no se solicite expresamente siempre que reúna ciertos requisitos¹²¹. Esto existe para fomentar la productividad de los privados y se motiven a diseñar proyectos que finalmente pueden ser adjudicados. Según la Ley APP, el proyecto público de APP “puede ser propuesto por el sujeto de derecho privado que tenga interés en constituirse como gestor privado” para suscribir un contrato de gestión delegada de APP. Sin embargo, la ley no obliga a la entidad a acoger la iniciativa. Lo cual es un factor desmotivador para los candidatos a gestores privados, ya que sin una norma que les permita exigir que su proyecto sea evaluado bajo una serie de requisitos, no se sentirán seguros de proponer proyectos.

Así mismo, el Comité APP es el encargado de crear lineamientos para el desarrollo de los proyectos APP. El mismo que está conformado por el Ministro de la Producción, Empleo y Competitividad, el Ministro de Economía y el Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo. Tal como se observa en el apartado anterior, se considera que

¹¹⁹ Romero, María José. *What lies beneath? A critical assessment of PPPs and their impact on sustainable development*. Eurodad. 2015. Recuperado de <http://www.eurodad.org/files/pdf/559da257b02ed.pdf> (acceso 26/05/2017)

¹²⁰ Ley De Asociaciones Público Privadas para el Estado de Baja California. México. Publicada en el Periódico Oficial No. 42, de fecha 22 de agosto de 2014, Sección I, Tomo CXXI. Recuperado de piappem.org/file.php?id=423. Ley de Contratos de Colaboración Público Privados para el Estado de Campeche. Publicada en el Periódico Oficial No. 4792 de fecha 8 de julio de 2011, recuperado de piappem.org/file.php?id=307. Reglamento del libro decimoséptimo del Código Administrativo del Estado de México “de la Participación Pública Privada en Proyectos para Prestación de Servicios”. Publicado en el Periódico Oficial No. De fecha 19 de julio de 2007, recuperado de piappem.org/file.php?id=297

¹²¹ Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.*, Artículo 28.

es importante vincular diversos sectores de la economía, dependiendo del proyecto a realizar en unidades o grupos de trabajo. De la misma manera, para la creación de dichos lineamientos, sería favorecedor realizar debates o escuchar no solo a autoridades de la Administración Pública, sino también al sector privado, que puede ofrecer, entre otros aspectos, su vasto conocimiento en el área del proyecto a tratar; de tal manera que la norma no sea una construcción meramente de lo que le parezca al gobierno de turno, sino que la norma sea una conjunción de debate y conocimiento para generar certeza y compromiso.

Aunque parezca contradictorio, otro factor que incide en la operatividad de la Ley es justamente el exceso de beneficios tributarios. Es justo decir que el objetivo del Estado estableciendo exoneraciones de impuestos, ayudas y subvenciones son, en cierta medida, un beneficio que debería tornar al país atractivo para la inversión. De hecho en los considerandos de la aprobación de la Ley APP, el Estado ecuatoriano supone que requiere “aplicar un tratamiento tributario para la participación privada en proyectos de interés público”¹²². Sin embargo, el Banco Internacional de Desarrollo BID, en referencia al océano de exoneraciones en Nicaragua, ha afirmado que “mayores esfuerzos de movilización de ingresos podrían traducirse en más inversión necesaria en infraestructura y servicios sociales”¹²³. Esto quiere decir, que la cantidad excesiva de incentivos tributarios puede traducirse en más impuestos para las personas de un país.

A manera de resumen, las carencias operativas que tiene la Ley APP se refieren básicamente a tres aspectos fundamentales: primero, que la Ley APP empieza por los incentivos sin determinar primero temas conceptuales básicos; segundo, el sistema institucional que tiene la APP recae sobre el Comité APP, sin embargo, este Comité tiene la potestad de no acoger iniciativas no solicitadas y además está conformado por organismos del sector público; estas circunstancias merman de a poco la colaboración público privada.

¹²² Proyecto de Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.*

¹²³ Báez, Julio Francisco. “Los mil agujeros de la Ley APP”. *Confidencial*. 25/10/2016. Recuperado de <https://confidencial.com.ni/los-mil-agujeros-la-ley-app/>. (acceso: 28/05/2017)

3.2.3 Carencias legales: ¿es verdaderamente necesaria una ley?

Existen una cantidad de vacíos en la Ley que evidencian la ambigüedad con la que ha sido aprobada. Según periodistas, “existen grandes vacíos que a la fecha, el marco jurídico de promoción de la inversión privada no ha podido llenar propiciando serias dudas acerca de la ‘vida’ de la iniciativa privada a lo largo de su evaluación”¹²⁴. Es por esto, que es estrictamente necesario tener un marco jurídico bien establecido para que las APP puedan funcionar y sean eficaces en sus fines.

Teniendo en cuenta que la seguridad jurídica es la piedra angular del problema de una ley¹²⁵ y viendo que los principios que establece la Ley APP son contradictorios con la misma doctrina de las APP y, luego, con el conjunto de normas que son confusas, se puede ver a primera vista que esta Ley genera inseguridad jurídica, debido a que sin normas claras y procesos transparentes, es complicado generar la certidumbre que requiere una Ley en el país.

Existen vacíos legales en cuanto a los principios que establece la Ley APP, bajo los cuales se rigen las APP, estos vacíos se encuentran en los principios de derechos de propiedad y cobertura e inclusión social. Sobre el derecho a la propiedad, textualmente dice “el proyecto público y el contrato de gestión delegada deberán garantizar los derechos de propiedad para las partes, por el plazo de ejecución que conste en el mismo”. A primera vista, si se observa la redacción de la norma, se puede observar que el artículo supone que las partes tendrán derechos de propiedad. Sin embargo, pareciera que el mismo asume que el privado tiene algún tipo de derecho de propiedad, cuando expresamente en el artículo 314 establece que algunos de estos servicios públicos por constituir sectores estratégicos, son inalienables. Entonces, cabe el cuestionamiento de si este principio responde a un fantasma de las privatizaciones constituidas como la transferencia de la propiedad del servicio público para proveerlo.

Luego, se encuentra el principio de cobertura e inclusión social, el cual se refiere a que la rentabilidad del proyecto se “debe calificar de manera agregada contemplando

¹²⁴ Shimabukuro Tokashiki, Néstor. *Algunos cuestionamientos al régimen de promoción de la inversión privada en los proyectos de inversión privada provenientes de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional*. Revista de Derecho Administrativo. Perú. 2013, p. 108. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/13471/14098> (acceso: 26/05/2017)

¹²⁵ Olivares, Iván. “La piedra angular es la seguridad jurídica”. *Confidencial*. 23/05/2017. <https://confidencial.com.ni/la-piedra-angular-seguridad-juridica/> (acceso: 27/05/2017)

incluso la posibilidad de que excepcionalmente existan subvenciones del Estado, garantice la cobertura y la inclusión social de la población vulnerable”¹²⁶. Por lo cual, de alguna manera se está ante el mismo problema que propone tener una norma que permite excepcionalmente hacer ciertos cambios, el cual se refiere a la libertad que tendría el Estado para decidir sobre dicha excepcionalidad sin que en alguna parte de la ley se establezca los motivos por los cuales se pueda actuar por excepción.

Luego existen varias normas que son ambiguas en su redacción, por ejemplo respecto de los derechos y obligaciones del gestor privado y la contraprestación. En primer término, según la Ley APP, los derechos y obligaciones del gestor privado se establecen en el contrato de gestión delegada¹²⁷. A manera de comentario, se considera que una base de derechos y obligaciones delimitados en la Ley, haría posible que exista una base sobre la cual los privados se sientan seguros de los derechos mínimos que tienen antes de siquiera presentar una oferta.

Por otro lado, en cuanto a los pagos existe el principio de valor por dinero que, como se ha observado en el capítulo 2, es el valor que tiene un bien o servicio en virtud no solo del mismo sino de la calidad con la que se brinda el mismo. En otras palabras, la relación precio-calidad que existe en el proyecto. Ahora bien, la Ley no establece la forma en que se determina el valor por dinero, ni los parámetros bajo los cuales se evalúa cada variante que determinar el mismo. Por lo que salta la interrogante como se mide la calidad y quien la mide¹²⁸. Es importante recalcar que “no es fácil definir los niveles de servicio antes de que se ejecute el proyecto, y se pueden convertir en el argumento para descabezar propuestas y terminar favoreciendo a determinados contratistas”¹²⁹. Por tanto, esta norma contiene ambigüedades en virtud de que, por no tener un marco legal matemático establecido, se podría determinar un valor al proyecto injusto o que favorezca a terceros.

Así, se pueden citar otros vacíos respecto de normas que ya se han visto anteriormente en el análisis, como por ejemplo, la definición de sectores en los cuales aplica una APP a

¹²⁶ Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.*, Artículo 3 numeral 3.6.

¹²⁷ Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. *Óp. cit.* Artículo 4 numeral 4.3.

¹²⁸ Pérez, Adriana y Vallejo, Ximena. *Vacíos normativos encontrados en la ley 1508 de 2012 que pueden incidir en la estructuración de proyectos de concesión*. Ensayo de Grado Especialización. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. 2012, pp. 29-34. Recuperado de <http://unimilitar-dspace.metabiblioteca.org/bitstream/10654/10487/1/PerezRianoAdrianaPatricia2013.pdf>

¹²⁹ Lewin, Juan Esteban. *Las Asociaciones Público – Privadas: el ABC de la fórmula mágica*. La silla vacía.com. 23/05/2012. <http://lasillavacia.com/historia/las-asociaciones-publico-privadas-el-abc-de-la-formula-magica-33490> (acceso: 27/05/2017)

cargo del Comité APP, la aprobación del proyecto queda en manos del Ejecutivo, funciones de la secretaria técnica e incluso el hecho de que la Ley deroga expresamente normas del ordenamiento jurídico que nada tienen que ver con la materia de la misma, para citarlas, por ejemplo en la Ley de Comunicación (modifica cuarto inciso del artículo 94), en Ley Orgánica de Salud, reforma del artículo 135 de dicho cuerpo legal y en el Código Orgánico General de Procesos (derogación del artículo 329).

Ahora bien, todos estos cuestionamientos sobre los vacíos legales que contiene la ley permiten hacerse la siguiente pregunta: ¿es verdaderamente necesaria una nueva ley? El objetivo de la creación de las leyes es proponer un marco referencial de reglas eficientes y eficaces en el ordenamiento jurídico del país. Sin embargo, la Ley APP se considera que no es una Ley del todo nueva ni completa, y con contradicciones; lo cual permite concluir que es preferible no tener una ley que tiene vacíos y, en realidad, quizás es más beneficioso reformar sobre lo que ya existe.

3.3 Los posibles peligros de una regulación ambigua

Los dos apartados anteriores solo permiten extraer una conclusión adicional: una regulación tan ambigua puede ser peligrosa para un país; siendo tres los posibles peligros de la regulación: (1) la vulneración a la excepcionalidad constitucional, (2) los poderes exorbitantes que se le otorga al Ejecutivo y (3) la arbitrariedad potencial por parte del Estado. Lo cual será analizado detalladamente, a continuación.

3.3.1 La vulneración a la excepcionalidad constitucional del régimen de delegación a la iniciativa privada

Según el análisis de la delegación en la Constitución ecuatoriana, vista en el capítulo 2, quedó claro que el Estado ecuatoriano se reserva la titularidad de la prestación de servicios públicos. Ahora bien, la norma indica que la provisión la realiza directamente el Estado o a través de sus empresas públicas y, de manera excepcional, en casos plenamente justificados cuando el Estado no se encuentra en la capacidad técnica o económica de prestar un servicio, puede delegar a la iniciativa privada.

Partiendo de la idea de que en Ecuador la Constitución goza de supremacía por sobre todas las leyes¹³⁰, cabe preguntarse si la Ley APP es inconstitucional. Para responder a esta pregunta es importante remitirse al análisis de la Corte Constitucional sobre el tema, ya que esta es la institución encargada del control de constitucionalidad de las normas.

La Corte Constitucional para el Periodo de Transición realizó un alcance a los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución vigente¹³¹. Esos artículos son los que le dan la titularidad al Estado de la prestación de servicios y además hablan de la excepcionalidad de la delegación. Con la interpretación se explican varios aspectos, pero básicamente se concluye que existen dos casos de delegación: la primera es a las empresas mixtas en las que tenga mayoría accionaria, las cuales pueden o no estar constituidas por empresas públicas subsidiarias; la segunda, en la cual, por excepción, se delega a la iniciativa privada y a 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.

Por tanto, la Corte enfatiza el hecho de que solo en casos excepcionales se delega a la iniciativa privada la prestación de servicios públicos. No obstante, en la Ley APP pareciera que por el fomento de la inversión y el establecimiento de incentivos de tal magnitud, hacen ver que el Estado puede delegar a la iniciativa privada casi sin restricciones y, por la redacción de los objetivos de la ley, no parece que dicha delegación sea por excepción.

Los objetivos de la Ley APP establecen con fin primordial promover el financiamiento productivo e inversión nacional o extranjera, que permitan desarrollar, incrementar o implementar inversiones; lo que da a entender que lo que se quiere es que exista más financiamiento y mayor inversión en el país. Sin embargo, estos resultados solo pueden obtenerse si se establecen delegaciones a la iniciativa privada sin el carácter de excepcional.

¹³⁰ Bermeo, Aníbal Fabián. *Supremacía Constitucional*. Diplomado superior en derecho constitucional y derechos fundamentales. Universidad de Cuenca. Cuenca, 2010, p. 55. Recuperado de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2961/1/td4414.pdf> (acceso: 23/05/2017)

¹³¹ Corte Constitucional para el periodo de transición. *Sentencia Interpretativa 001-12SIC-CC*, 5 de enero de 2012. Registro oficial 629 de 30 de enero de 2012. Recuperado de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/30308061-c10f-44ca-b2c3-ef542a4aa978/0008-10-IC-SCC-sent.pdf?guest=true>

Lo que se puede observar es que, para que se pueda suscribir un contrato de gestión delegada, es necesario que el Estado pruebe motivadamente que no tiene ni capacidad técnica ni económica y, posteriormente, poder llegar a acuerdos con el sector privado. Pero, esto es contradictorio, justamente porque pareciera que la Ley busca establecer APP con plena libertad; lo cual, en virtud de la excepcionalidad constitucionalmente establecida, quedaría una Ley que por los fines que persigue estaría atentando contra la Constitución.

3.3.2 Poderes exorbitantes al ejecutivo

Siguiendo con el análisis anterior, una razón más para considerar que la Ley APP es inconstitucional, es lo previsto en su artículo 21 que reza lo siguiente:

Con el fin de facilitar los procesos y procedimientos se considerará que:

21.1. Es potestad del Presidente de la República simplificarlos, en el ámbito de la Función Ejecutiva, mediante decreto ejecutivo.

21.2. Los Gobiernos Autónomos Descentralizados, a través del órgano colegiado competente, tienen facultad para simplificarlos en relación con los trámites administrativos establecidos por los órganos, de su nivel de gobierno.

Este artículo le da la potestad al Presidente de la República de que pueda eliminar procedimientos administrativos, con la excusa de “simplificarlos”¹³². Es decir, bajo esta premisa normativa lo que se evidencia es que mediante decreto ejecutivo, se permita derogar y modificar leyes para evitar pasos que ojos del Ejecutivo son *innecesarios*¹³³.

Según el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución del 2008, entre las funciones que tiene la Asamblea Nacional, como poder legislativo, es la de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio. Esta es una potestad constitucionalmente atribuida a la Asamblea. Por lo tanto, este artículo que permite al presidente “simplificar” procesos, es una atribución no se encuentra dentro de las previstas para el Presidente de la República, como representante de la Función Ejecutiva.

¹³² Shimabukuro Tokashiki Néstor. *Algunos cuestionamientos al régimen de promoción de la inversión privada en los proyectos de inversión privada provenientes de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional*. Óp. cit., p. 108.

¹³³ López Suarez, Daniel. “Asociaciones público-privadas: ¿qué beneficios tendrán los empresarios ecuatorianos?”. *NUMBERS* by *KREAB*. 30/12/2015. <http://numbersmagazine.com/articulo.php?tit=asociaciones-publico-privadas-que-beneficios-tendran-los-empresarios-ecuatorianos>

Casos en los que la Ley le entrega demasiadas atribuciones al presidente no son nuevos. Por ejemplo, algo parecido pasa en Paraguay, en donde el Estado enfrenta una demanda de inconstitucionalidad porque la Ley APP de dicho país otorga al Ejecutivo la potestad de autorizar inversiones sin la aplicación de la Ley de Contrataciones Públicas y la intervención del Poder Legislativo¹³⁴. Sobre este caso, Theodore Stimson, señala que la Ley APP en Paraguay “otorga facultades de carácter extraordinario y es insalvablemente inconstitucional”¹³⁵.

Lo cual, deja en claro que en virtud de los casos similares en otro país y sobre todo en virtud de lo constitucionalmente establecido, el artículo 21 de la Ley APP viola la Constitución de la República.

3.3.3 Potencial arbitrariedad del Estado

Siguiendo con la misma línea de argumentación, la falta de excepcionalidad de la facultad de delegar y el exceso de poderes del ejecutivo, puede generar arbitrariedades por parte del mismo, esto se fundamenta en lo hoy es muy común en países en vías de desarrollo. En Ecuador, existe una tendencia a querer luchar contra el neoliberalismo y una retórica socialista que se traduce en un crecimiento del Estado y políticas autoritarias, que no equilibran ni favorecen una relación entre el Estado y la sociedad, relación que el Gobierno en sus discursos promulga como base del mismo y por lo tanto de las APP.

Sin embargo, la Ley APP ha sido muy criticada, ya que nació de la idea de la promoción de la inversión nacional y extranjera, por medio de las APP. Ha sido criticada por no ser completa y por tener textos a la luz de los planes del gobierno actual que básicamente buscan entre otras cosas, acabar con el modelo neoliberal que existe en Ecuador.

Este modelo neoliberal básicamente se refiere al hecho de favorecer a elites en un país en detrimento de las mayorías mediante distorsión de precios de bienes y servicios¹³⁶.

¹³⁴ Ultima Hora. *Presentarán acción de inconstitucionalidad contra la ley de APP*. <http://www.ultimahora.com/presentaran-accion-inconstitucionalidad-contra-ley-app-n746417.html> (acceso: 25/05/2017)

¹³⁵ Stimson, Theodore, “Hablan de una insalvable inconstitucionalidad de la Ley APP”, citado en ABC Color. <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/suplementos/economico/hablan-de-una-insalvable-inconstitucionalidad-de-ley-app-1428834.html> (acceso: 25/05/2017)

¹³⁶ Soto Esquivel, Roberto. “Pobreza y modelo macroeconómico neoliberal: Algunas contradicciones”. *Revista Observatorio del Desarrollo*. Vol. II No. (no hay año), p. 61. Recuperado de <http://www.estudiosdeldesarrollo.mx/observatorio/ob6/12.pdf> (acceso: 26/05/2017)

Sin embargo, estudiosos en el tema confirman que a pesar de que existe esta tendencia a acabar con el neoliberalismo, el gobierno no necesariamente sigue una línea política diferente, debido a que a pesar de que lo que se trata es de darle mayor protagonismo al Estado y que los privados sean relegados, en realidad lo que se puede observar es que el propósito verdadero es darle protagonismo al Estado, y reunir capital privado para realizar sus fines.

En este sentido, sin aceptarlo a través de sus discursos, el gobierno actual, comparte objetivos del neoliberalismo¹³⁷. Evidencia de esto es el hecho de que para poder llevar a cabo los objetivos de la Constitución, se explota petróleo mientras que al mismo tiempo se le da derechos a la Naturaleza¹³⁸. La Ley APP es otra evidencia, en la que se puede observar a primera vista, el objetivo de hacer al Ecuador un país en el que se fomente la inversión nacional y extranjera aun cuando estas transferencias al sector privado, por vía constitucional se den por excepción.

Es decir, con la Constitución del 2008, el gobierno dejó sentado unas bases que hoy no logra seguir, porque sabe que necesita del sector privado para dinamizar la economía. De acuerdo con este punto, periodistas y comentaristas de otros países han argumentado que el actual gobierno “ha instaurado una suerte de neoliberalismo transgénico con la Intervención del Estado: una fase superior del neoliberalismo a la cual llamaremos neo-neoliberalismo”¹³⁹. Es por esto, que se considera que nos encontramos ante una Ley que permite arbitrariedades por parte del Estado, en la medida en que el gobierno hace y se contradice en los fines que persigue.

Además, es importante mencionar que estas contradicciones que tiene el gobierno, son un problema mayor ya que en que la Ley le está legitimando al ejecutivo para lograr sus propósitos toda vez que la ley está llena de ambigüedades y vacíos¹⁴⁰. Por lo cual, pareciera

¹³⁷ Herrera, Lizardo. “Estado y neoliberalismo en el Ecuador: algunas contradicciones no resueltas”. *Revista Plan V*. 2014. Recuperado de <http://www.planv.com.ec/ideas/ideas/estado-y-neoliberalismo-el-ecuador-algunas-contradicciones-no-resueltas> (acceso: 26/05/2017)

¹³⁸ Harvey, David. *Latinoamérica toma la posta para “revertir los peores aspectos del neoliberalismo*. 2014. Recuperado de <http://www.andes.info.ec/es/noticias/david-harvey-latinoamerica-toma-posta-revertir-peores-aspectos-neoliberalismo.html> (acceso: 26/05/2017)

¹³⁹ Pueblos en camino. “*Correa: Un neoliberal. Ecuador: Restauración conservadora en toda la línea*”. Pueblos en camino.com 2017. Recuperado de <http://pueblosencamino.org/?p=3585> (acceso: 26/05/2017)

¹⁴⁰ “Lo peor del caso es que todas las contradicciones neoliberales han venido quedando establecidas bajo candados, sea de tratados, leyes o acuerdos de reestructuración de deuda”. Fernandez Casanova, Gerardo. Contradicciones neoliberales. Recuperado de <https://www.aporrea.org/internacionales/a176460.html> (acceso: 26/05/2017)

que el objetivo es que los privados sean más solidarios y que participen en actividades de colaboración con el Estado. Sin embargo, sin un marco legal plenamente establecido y ya que muchas variables del contrato son plenamente negociables, lo único que se puede observar es la liberalización del poder del ejecutivo al poder aprobar proyectos APP de acuerdo a sus propias necesidades, la convierten en una ley peligrosa, por prestarse para corrupción¹⁴¹.

¹⁴¹ Arellano, Daniel y Betancourt, Ricardo. *Asociaciones Público-Privadas: la privatización encubierta de los Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.4vientos.net/2017/02/14/asociaciones-publico-privadas-la-privatizacion-encubierta-de-los-derechos-humanos-video/> (acceso: 29/05/2017)

Capítulo IV: Conclusiones

De la investigación realizada se extraen las siguientes conclusiones:

1. La concesión ha sido una figura representativa de Derecho administrativo, por la cual el Estado delega a un privado, a su cuenta y riesgo, la provisión de un servicio o ejecución de una obra. Con el paso de los años, el desarrollo de la economía mundial y la globalización, obligaron a los Estados a reformular ajustes sobre dicha delegación. Así, estudios confirmaron que si Estado y los privados colaboraran como un equipo, sería posible obtener mayores y más eficaces resultados de una delegación.
2. La APP nace como un concepto macro de cooperación público-privada, que permite tanto sector público como sector privado colaborar juntos para la ejecución de un proyecto, de tal manera que existen diálogos negociados entre ambos sectores; en los cuales se estipulan condiciones y reglas de dicha relación que se materializa en un contrato para la ejecución de un proyecto APP.
3. Dentro de estas diversas formas y amplias formas de cooperación, la concesión es solo una de las formas de APP existentes.
4. La delegación es la transferencia de atribuciones que hace el Estado a un privado para la provisión de servicios o ejecución de obras. El régimen legal de la delegación a la iniciativa privada en Ecuador, opera de manera excepcional.
5. A pesar de no tener una definición prescrita en la Ley, las concesiones por las disposiciones constitucionales, se encuadra perfectamente con el concepto doctrinario de las mismas. De la misma manera, pasa con su clasificación, la cual se puede deducir, y son de obras y servicios. Su régimen se encuentra establecido en la Ley de Modernización y estaba regulado en su Reglamento en cuanto a los procedimientos adjudicatarios. Sin embargo, este Reglamento fue derogado; por lo cual, en la actualidad, Ecuador no tiene una base referencial sobre la cual conceder concesiones administrativas.
6. La Ley APP, por otro lado, es una modalidad de gestión que busca satisfacer necesidades de la sociedad y promover la inversión nacional y extranjera. Esta figura se encuentra regulada en la Ley APP. Sin embargo, esta ley trae una definición

ambigua de la APP, debido a que su componente principal, el cual es la colaboración público privada se ve limitada en gran magnitud por la misma Ley. En el marco normativo ecuatoriano, estas figuras se ven como dos modalidades de delegación diferente. Lo cual, no se compagina con lo doctrinario; ya que se considera que la concesión es una forma de APP. Es por esto, que se argumenta que la Ley APP tiene deficiencias en su regulación en la medida en que no aporta mayor innovación al sistema ecuatoriano, por cuanto, conceptual y procedimentalmente, es igual a la concesión y además, tiene vacíos de carácter institucional, operativo y legal; por lo cual, la Ley podría envolver actos de corrupción, violación a las normas constitucionales y permitir arbitrariedades por parte del Estado.

7. La Ley APP no aporta novedad al sistema jurídico de ecuatoriano ya que a nivel conceptual, la Ley maneja conceptos iguales o parecidos a los de la Ley de Modernización en la que se encontraba regulada la concesión, las tipologías que maneja cada Ley para las APP son las mismas y aun cuando se introdujeran todas las formas de APP dichas figuras contractuales, concesiones o figuras societarias ya han sido usadas con anterioridad en el país. Y finalmente, los procedimientos de adjudicación de los contratos son similares. Por tanto, se concluye que la Ley APP no es novedosa.
8. La regulación sobre las APP tiene grandes vacíos consecuencia de las ambigüedades que la misma presenta; primero de carácter institucional, ya que el Comité creado para la aprobación de las APP no cuenta con sus propios lineamientos e indicadores sobre los cuales se debe aprobar un proyecto, tampoco tiene una regulación acerca del monitoreo de precios, incentivos y estándares de calidad. Por lo cual, se considera que la libertad para crear sus propios lineamientos es un peligro para la seguridad jurídica.
9. La Ley APP también tiene falencias operativas que tienen que ver con la estructura de la misma, ya que empieza por los incentivos cuando en realidad se considera que debería sentar un marco referencial de normas básicas para tener claro que implica una APP y que cambios aporta en el sistema legal ecuatoriano, además el Comité APP está conformado por organismos del sector público, cuando en realidad debería contar con la presencia de los privados, lo que no permite una verdadera colaboración público privada. Se considera que, en virtud de la inoperatividad de la Ley, era mejor

reformular y mejorar la normativa vigente que aprobar una nueva Ley llena de carencias y ambigüedades.

10. Por sus deficiencias y vacíos, la Ley APP es peligrosa en virtud de los efectos que la misma podría generar, tales como: violaciones a normas constitucionales, como es el régimen excepcional de delegación a la iniciativa privada; otorgamiento de poderes exorbitantes al ejecutivo, ya que el presidente puede simplificar procedimientos que considere a su parecer “innecesarios” y; arbitrariedades del Estado, ya que el Gobierno actual y el legislativo aprueban leyes a sus intereses que incluso se contradicen a su política de gobernanza.

Bibliografía

DOCTRINA

- Arellano, Daniel y Betancourt, Ricardo. *Asociaciones Público-Privadas: la privatización encubierta de los Derechos Humanos*. Recuperado de <http://www.4vientos.net/2017/02/14/asociaciones-publico-privadas-la-privatizacion-encubierta-de-los-derechos-humanos-video/> (acceso: 29/05/2017)
- Argeri, S. y James, Ashley. *Modelos de Participación Público-Privados*. Quito: Talleres Superintendencia de Compañías, 2011.
- Ariño Ortiz, Gaspar. “Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?”. *Circulo de Derecho administrativo*. (2009), revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/14010/14632 (Acceso: 0270372017).
- Badell, Rafael. *La concesión administrativa*, Recuperado de http://aciempol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2000/BolACPS_2000_67_137_219-404.pdf (Acceso: 08/05/2017)
- Báez, Julio Francisco. “Los mil agujeros de la Ley APP”. *Confidencial*. 25/10/2016. Recuperado de <https://confidencial.com.ni/los-mil-agujeros-la-ley-app/>. (acceso: 28/05/2017)
- Banco Mundial. *Acuerdos de APP*. Centro de Investigación de Asociaciones Publico Privadas del Banco Mundial. (Acceso 07-05-2017) <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/acuerdos>
- Barra, Rodolfo. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 3*. 1a. ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.
- Barrios Pacheco, César. *Las Alianzas Publico Privadas: Nuevo paradigma a la aplicación de viejos principios de economía. Foro Regional Hacia un Nuevo Proyecto Nacional de Desarrollo*. México.2011. <https://es.slideshare.net/cneconomistas/cesar-barrios-pacheco-7987618> (Acceso: 23/08/ 2016).
- Bermeo, Aníbal Fabián. *Supremacía Constitucional*. Diplomado superior en derecho constitucional y derechos fundamentales. Universidad de Cuenca. Cuenca, 2010. Recuperado de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2961/1/td4414.pdf> (acceso: 23/05/2017)
- Berthélemy, Henry. *Tratado elemental de Derecho Administrativo*. 8va ed. Paris: Editorial Rousseau, 1916.

- Calafell, Jorge “Teoría General de la Concesión”. *Revista Virtual Jurídica Anuario, Universidad Autónoma de México*.26 (1996). <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr19> (Acceso 02/03/2017).
- Camacho Chahin, Mario y Bohórquez Zapata, Leonardo. *El contrato de concesión*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2002.
- Casares Marcos, Ana Belén. “Análisis del marco general, estado actual y perspectivas de las fórmulas de colaboración público-privada con especial referencia a la Comunidad de Castilla y León”. *Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada*. Consejo Económico y Social de la comunidad de Castilla y León 2010.
- Cocuelle, Carina. “Control y Entes reguladores”. *Contratos administrativos*. 1er ed. Farrando Ismael. Buenos aires: Editorial Abeledo Perrot, 2002.
- Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=ES (Acceso: 17/02/2017).
- Correa, Isabel. *Manual de licitaciones públicas*. Cepal. Santiago de Chile: Naciones Unidas. 2002. Recuperado de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5583/S2002616_es.pdf;jsessionid=5F03FC982855C7532BE2AC349546F2EF?sequence=1 (acceso 20/05/2017)
- Correa, José. “El ente o sujeto licitante”. *Contratos Administrativos*. Argentina: LexisNexis, 2002.
- Cruelles, Jose Agustín. *Productividad en actividades administrativas: ¿Por qué nunca nos da tiempo?* 1er Ed. Barcelona: Marcombo S.A. 2012. Recuperado de https://books.google.com.ec/books?id=s_UuAHyyZs4C&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false (Acceso: 18/05/2017)
- Del Pozo Salazar, David. *Las concesiones aeroportuarias en el Ecuador: Implicaciones de la concesión administrativa del Nuevo Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre de Quito dentro del sector estratégico del transporte y la conveniencia de que vuelva a ser administrado por el Municipio de Quito*. Trabajo de titulación para la obtención del título de abogado. Universidad San Francisco de Quito. Quito. 2016.
- Devlin, Robert y Moguillansky, Graciela. *Alianzas Público Privadas para una visión estratégica del desarrollo*. Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Naciones Unidas, 2009.
- Dorrego, Alberto y Martínez Vásquez, Francisco. “La colaboración público-privada”. *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público: Aspectos administrativos y financieros*. Madrid: Editorial La Ley, 2009. Citados en Covilla, Juan Carlos. “Ley de Asociaciones Público- Privadas (APP): ¿Única forma de

- vinculación de capital privado?”. *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*. José Luis Benavides (coords). 1a. ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 16ta. ed. Tomo 1. España: Editorial Aranzandi S.A., 2013.
- Guerrero Celi, Francisco. *Concesión de Servicio Aeroportuario*. Tesis de Maestría. Universidad Andina Sion Bolívar. Quito. 2011. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2874/1/T1025-MDE-Guerrero-Concesion.pdf> (acceso: 05/06/2017)
- Escola, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. 1er ed. Buenos Aires: Editorial Depalma. 1989.
- Farrando, Ismael. *Contratos administrativos*. 1er Ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. 2002.
- Felsing Klaus y otros. *Public Private Partnership Handbook*, Asian Development Bank. Recuperado de <https://www.adb.org/documents/public-private-partnership-ppp-handbook> (acceso: 23/05/2017)
- Fernandez, Casanova Gerardo. Contradicciones neoliberales. Recuperado de <https://www.aporrea.org/internacionales/a176460.html> (acceso: 26/05/2017)
- Fiorini, Bartolomé. *Derecho Administrativo*. 2da Ed. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1968.
- Fondo Monetario Internacional. *Public Private Partnerships*. 2004. Recuperado de <http://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf> (acceso: 26/05/2017)
- Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo. <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35822299>
- Fondo Multilateral de Inversiones. *Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe Infrascopes 2010*. Economist Intelligence Unit., 2010. Recuperado de <http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Infrascopes/Infrascopes%202010.pdf> (acceso: 26/05/2017)
- García-Capdepón, Pedro María “El contrato de colaboración público-privada”. *Revista de la Función Consultiva*, No. 3, 2005.
- Garrido Falla, Fernando Palomar Olmeda, Alberto y Losada González, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*. 12ma Ed. Volumen 2. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.
- González García, Julio V. “Contrato de Colaboración público privada”, *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid. 2006.

- González García, Julio V. *Colaboración Público- Privada E Infraestructuras De Transporte Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*. 1er. Ed. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2010. Citado en Sepúlveda Figueroa, Blanca Jacqueline. Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial de la Ley 1508 de 2012. Tesis de grado. Magister en derecho Administrativo. Universidad Nacional de Colombia. Tunja. 2014.
- González, Julio. *Financiación de Infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*. 1a ed. España: Editorial Tiran lo Blanch, 2007.
- Gordillo, Agustín *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 3*. Buenos aires: Editorial FDA, 2011. http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo6.pdf (Acceso: 24/08/ 2016).
- Guías Jurídicas. *Contrato administrativo de servicios*. Walters Kluwers. Guías Jurídicas.es. Recuperado de http://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbFljTAAAUMjAzNTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAV6iPoTUAAAA=WKE (acceso: 24/05/2017)
- Guillén Martínez, Luis Eduardo. *La viabilidad jurídica de implementar modelos de participación público-privados en el sector de la vialidad en el Ecuador*. Tesis de Posgrado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2015.
- Herrera, Lizardo. “Estado y neoliberalismo en el Ecuador: algunas contradicciones no resueltas”. *Revista Plan V*. 2014. Recuperado de <http://www.planv.com.ec/ideas/ideas/estado-y-neoliberalismo-el-ecuador-algunas-contradicciones-no-resueltas> (acceso: 26/05/2017)
- Harvey, David. *Latinoamérica toma la posta para “revertir los peores aspectos del neoliberalismo*. 2014. Recuperado de <http://www.andes.info.ec/es/noticias/david-harvey-latinoamerica-toma-posta-revertir-peores-aspectos-neoliberalismo.html> (acceso: 26/05/2017)
- Inocencio Meléndez, Julio. LA Responsabilidad contractual en el Derecho Público de los Contratos Estatales, p. 15. Recuperado de <http://www.monografias.com/trabajos95/tratado-derecho-contratos-publicos/tratado-derecho-contratos-publicos15.shtml>
- Jeffrey, Delmon. *Public.Private Partnetship Proyects in Infrestructure: An essential guide for Policy Markers*. The World Bank. Inglaterra: Editorial Cambridge University Press, 2011.
- Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (Parte General)*. 1er. Ed. San José: Biblioteca Jurídica Dike, 2002.
- KS, Jomo *et al. Public-Private Partnerships and the 2030 Agenda for Sustainable Development: Fit for purpose?* Departamento de asuntos económicos y sociales de

- Naciones Unidas, 2016. Recuperado de http://www.un.org/esa/desa/papers/2016/wp148_2016.pdf (acceso: 25/05/2017)
- Lewin, Juan Esteban. *Las Asociaciones Público – Privadas: el ABC de la fórmula mágica*. La silla vacía.com. 23/05/2012. <http://lasillavacia.com/historia/las-asociaciones-publico-privadas-el-abc-de-la-formula-magica-33490> (acceso: 27/05/2017)
- López Suarez, Daniel. “Asociaciones público privadas: ¿Qué beneficios tendrán los empresarios ecuatorianos?”. *Revista Numbers By Kreab*. (2015). Recuperado de <http://numbersmagazine.com/articulo.php?tit=asociaciones-publico-privadas-que-beneficios-tendran-los-empresarios-ecuatorianos> (acceso: 20/05/2017)
- Maino, Vianna. *Mecanismos de Asociación Público-Privada*. 1ª.ed. Quito: Derecho Ecuador, 2013.
- Matilla, Andry. “Concesiones administrativas”. *Curso de derecho administrativo iberoamericano*. 1era. Ed, Buenos Aires: Editorial Comares. <https://books.google.com.ec/books?id=E1xvCwAAQBAJ&pg=PT5&lpg=PT5&dq=curso+de+derecho+administrativo+manuel+arenilla&source=bl&ots=V3oOKUzMRr&sig=e5cxfiUeKP66ouM2Q7ltji3TBWs&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwj7-dGr9N3RAhXEOCYKHUWoA54Q6AEIJzAB#v=onepage&q=curso%20de%20derecho%20administrativo%20manuel%20arenilla&f=true> (acceso: 02/03/2017)
- Maguiña, Raúl. Joint Venture: “Estrategia para lograr la competitividad empresarial en el Perú”. *Revista Indata*. Vol. 7. Recuperado de http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/indata/Vol7_n1/pdf/joint.pdf (acceso: 24/05/2017)
- Marienhoff, Miguel *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-B. 4ta ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2000.
- Meléndez, Sergio Cano. “Estudio sobre la concesión administrativa y su definición”. *Revista del Poder Judicial del Estado de Guanajuato* (1964)
- Moguillansky, Graciela. *Exposición sobre Alianzas Público Privadas para una nueva visión estratégica del desarrollo*. http://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/0/40350/graciela_moguillansky.pdf (Acceso: 24/08/ 2016).
- IECE Business School. “La evolución del concepto Stakeholders en los escritos de Ed Freeman”. *Newsletter No. 5 Otro punto de vista*. Universidad de Navarra. 2009. Recuperado de http://www.iese.edu/es/files/La%20evaluaci%C3%B3n%20del%20concepto%20de%20stakeholders%20seg%C3%BAAn%20Freeman_tcm5-39688.pdf (acceso: 29/05/2017)

- Olivares, Iván. “La piedra angular es la seguridad jurídica”. *Confidencial*. 23/05/2017. <https://confidencial.com.ni/la-piedra-angular-seguridad-juridica/> (acceso: 27/05/2017)
- Oliveira, Jorge. *Manual de Derecho Administrativo*. 4ta Ed. México. Porrúa, 1976.
- Plan V. “Una agenda legislativa marcada por la crisis”. *Periódico electrónico Plan V*. <http://www.planv.com.ec/historias/politica/una-agenda-legislativa-marcada-la-crisis> (Acceso: 29/07/2016).
- Prats, Joan. *La gobernanza de las alianzas público- privadas: Un análisis comparado en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo. 2016. Recuperado de <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8041/La-gobernanza-de-las-alianzas-publico-privadas-un-analisis-comparado-de-America-Latina.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (acceso 01/06/2017)
- Pérez, Adriana y Vallejo, Ximena. *Vacíos normativos encontrados en la ley 1508 de 2012 que pueden incidir en la estructuración de proyectos de concesión*. Ensayo de Grado Especialización. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. 2012. Recuperado de <http://unimilitar-dspace.metabiblioteca.org/bitstream/10654/10487/1/PerezRianoAdrianaPatricia2013.pdf>
- Pueblos en camino. “Correa: Un neoliberal. Ecuador: Restauración conservadora en toda la línea”. *Pueblos en camino.com* 2017. Recuperado de <http://pueblosencamino.org/?p=3585> (acceso: 26/05/2017)
- Quium, Abdul. *A guide book on Public- Private Partnership in infrastructure*. UNESCAP: Bangkok, (2011). Recuperado de http://www.unescap.org/sites/default/files/ppp_guidebook.pdf (acceso: 22/05/2017)
- Ramos Peña, Luis Alfonso. “Los servicios públicos y la concesión administrativa” *Lecturas Jurídicas*. Época VI. No. 25. (2011)
- Rebollo Fuente, Andres. *Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general. Programa para el Impulso de Asociaciones Publico Privadas en Estados Mexicanos*. Madrid-España. 14 de octubre de 2009. (Acceso: 07-05-2017)
- República de Oportunidades Ecuador. “Ecuador país productivo y de oportunidades”. *República de Oportunidades Ecuador* 1 (2016). https://issuu.com/ekosnegocios/docs/1_e9ee23e4b7d909 (Acceso: 1/08/2016/).
- Romero, María José. *What lies beneath? A critical assessment of PPPs and their impact on sustainable development*. Eurodad. 2015. Recuperado de <http://www.eurodad.org/files/pdf/559da257b02ed.pdf> (acceso 26/05/2017)
- Robalino, Javier. “Las asociaciones Publico Privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica”. *Revista de Derecho UASB* 13 (2010)

- Rufián Lizana, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. 1er. Ed. Chile: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- Sarmiento, Jorge. *Concesión de Servicios Públicos*. 1era. ed. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1999.
- Salomoni, Jorge. *Teoría General de los servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial AD-HOC, 1999.
- Sayagues Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ma Ed. Tomo 2. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002.
- Sepúlveda Figueroa, Blanca Jacqueline. Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial de la Ley 1508 de 2012. Tesis de grado. Magister en derecho Administrativo. Universidad Nacional de Colombia. Tunja. 2014. <http://www.bdigital.unal.edu.co/40945/1/285872.2014.pdf>
- Serra Rojas, Andres. *Derecho Administrativo*. 2da edición, México: Editorial Porrúa, 1997.
- Shimabukuro Tokashiki, Néstor. *Algunos cuestionamientos al régimen de promoción de la inversión privada en los proyectos de inversión privada provenientes de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional*. Revista de Derecho Administrativo. Perú. 2013. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/13471/14098> (acceso: 26/05/2017)
- Soria Galarza, Narda. *El procedimiento precontractual de licitación en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Tesis doctoral. Quito: Universidad Andina Simon Bolívar. 2011
- Spiering, Bult, M. *Strategic Issues in Public-Private Partnerships. An International Perspective*. 2nd. ed. Oxford: Blackwell Publishing Company, 2012.
- Stimson, Theodore, citado en ABC Color. *Hablan de una insalvable inconstitucionalidad de la Ley APP*. <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/suplementos/economico/hablan-de-una-insalvable-inconstitucionalidad-de-ley-app-1428834.html> (acceso: 25/05/2017)
- Stimson, Theodore. “APP inconstitucionales (Parte I)”. *Revista Ejemplar. Paraguay*. <https://ejemplar.com/actualidad/app-inconstitucionales-parte-i> (Acceso: 30/ 08/ 2016).
- Soto Esquivel, Roberto. “Pobreza y modelo macroeconómico neoliberal: Algunas contradicciones”. *Revista Observatorio del Desarrollo*. Vol. II. Recuperado de <http://www.estudiosdeldesarrollo.mx/observatorio/ob6/12.pdf> (acceso: 26/05/2017)
- Ultima Hora. *Presentarán acción de inconstitucionalidad contra la ley de APP*. <http://www.ultimahora.com/presentaran-accion-inconstitucionalidad-contra-ley-app-n746417.html> (acceso: 25/05/2017)

- Valdivia Zegarra, Diego. “Concesión administrativa e iniciativa privada”. *Revista de Derecho Temis*. No.39. (1998).
- Vargas Morgado, Jorge. “Marco Constitucional de las Concesiones administrativas”. La Constitución y el Derecho Administrativo. Fernandez Ruiz Jorge et al. (coords) México: UNAM, 2015.
- Vargas Fritz, Jose Fernando. “La Concesión de Obras Publicas” *Revista La Ley*, (1997).
- Vassallo Magro, José Manuel e Izquierdo De Bartolomé, Rafael, *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Corporación Andina de Fomento 2010.
- Villegas Basavilbaso, Benjamín. *Derecho Administrativo*. Tomo IV. Buenos Aires, 1953.
- Ysa, Tamyko. “La gestión de participaciones público-privados: tipologías y retos de futura” *La colaboración público privada y la creación de valor público*. 1er Ed. Barcelona: Diputación Barcelona. 2009.

PLEXO NORMATIVO

Ecuador:

- Código de la Producción. Registro Oficial No. 35, de 29 de diciembre de 2010.
- Código de la Producción. Registro Oficial No. 35, de 29 de diciembre de 2010.
- Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía Descentralización. Registro Oficial 303 de 19 de octubre de 2010.
- Consejo del Distrito Metropolitano de Quito. Resolución C-0035 de 8 de febrero de 2010.
Recuperado de http://www7.quito.gob.ec/mdmq_ordenanzas/Resoluciones%20de%20Concejo/A%C3%B1o%202010/RC-2010-035.pdf (acceso: 24/05/2017)
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Decreto Ejecutivo No. 1006. Registro Oficial Suplemento 760 de 23 de Mayo del 2016.
- Decreto Ejecutivo No. 103. Registro Oficial. Suplemento 26 de 22 de febrero del 2007.
- Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de servicios por parte de la Iniciativa Privada. Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.
- Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. Registro Oficial No. 652 de 18 de diciembre de 2015.
- Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo Innumerado después del artículo 15. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre 2004.
- Ley Orgánica de Empresas Públicas. Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009.
- Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador. Registro Oficial suplemento 242 de 29 de diciembre de 2007.

Ley de contratos de Concesiones de Obras públicas. Registro Oficial 361 de 04 de noviembre de 1982.

Normas reglamentarias en materia tributaria para la aplicación de la Ley APP. Registro Oficial suplemento 736 de 19 de marzo de 2016.

Proyecto de Ley Código Orgánico Administrativo. Disposición derogatoria segunda. Recuperado de <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/files/asambleanacionalnameuid-29/Leyes%202013-2017/184-cod-admin-vhica-15-12-2015/op-cod-adm-22-05-2017.pdf> (acceso: 29/05/2017)

Proyecto de Ley Orgánica de Incentivos a las Asociaciones Público Privadas. Recuperado de <http://www.eltelegrafo.com.ec/images/eltelegrafo/portafolio/2015/Proyecto%20de%20Ley%20Orgnica%20de%20Incentivos%20para%20Asociaciones%20Pblico-Privadas,%20y%20la%20Inversin%20Extranjera%20Tr.%20225776T.pdf> (acceso:07/06/2017)

Reglamento Ley de Incentivos para Asociaciones Público Privadas. Decreto Ejecutivo 1040. Registro Oficial 786 de 29 de junio de 2016.

Extranjero:

Ley De Asociaciones Público Privadas para el Estado de Baja California. México. Publicada en el Periódico Oficial No. 42, de fecha 22 de agosto de 2014, Sección I, Tomo CXXI. Recuperado de piappem.org/file.php?id=423.

Ley de Contratos de Colaboración Público Privados para el Estado de Campeche. Publicada en el Periódico Oficial No. 4792 de fecha 8 de julio de 2011, recuperado de piappem.org/file.php?id=307.

Reglamento del libro decimoséptimo del Código Administrativo del Estado de México “de la Participación Pública Privada en Proyectos para Prestación de Servicios”. Publicado en el Periódico Oficial No. De fecha 19 de julio de 2007, recuperado de piappem.org/file.php?id=297

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional para el periodo de transición. *Sentencia Interpretativa 001-12SIC-CC*, 5 de enero de 2012. Registro oficial 629 de 30 de enero de 2012.