



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO
FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

TÍTULO: ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL ECUADOR Y
UNA MIRADA A LA REALIDAD LATINOAMERICANA

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO
PREVIO A OPTAR POR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

NOMBRE DEL ESTUDIANTE:

ISIDORO SEBASTIAN MENDOZA ZAMBRANO

NOMBRE DEL TUTOR:

ABG. ROBERT FRIEND MACÍAS, Mtr.

SAMBORONDÓN, ABRIL DE 2018

ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL ECUADOR Y UNA MIRADA A LA REALIDAD LATINOAMERICANA

Asociaciones Público Privadas en el Ecuador...

Isidoro Sebastián Mendoza Zambrano, Universidad de Especialidades Espíritu Santo Ecuador, isidoromendoza@uees.edu.ec; Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, Edificio P, Km 2.5 Vía Samborondón.

Resumen

Este trabajo de investigación tiene como objetivo analizar a las asociaciones público privadas (APP) respecto a la normativa vigente que las regula en el Ecuador, señalando sus aspectos más importantes como su finalidad, procedimiento de constitución, ventajas, falencias y su estado actual en el país. Además, se compara la realidad jurídica que viven estas asociaciones en el Ecuador con las situaciones que se muestra en otros países de la región latinoamericana. Para cumplir estos fines se realizó un estudio profundo aplicando una metodología cualitativa comparativa en las diferentes normas que regulan a la APP en el país y tomando también como referencia regulaciones que existen sobre este modelo en otros países latinoamericanos. Este estudio permitió concluir que en Ecuador existe poca experiencia en materia de APP, lo cual tiene como consecuencia que estas asociaciones presenten ciertas falencias en la práctica. Dichas falencias deberán resolverse con la aplicación de reformas legales, las cuales podrán inspirarse en la experiencia de otros países de la región que permitan optimizar este esquema en beneficio de la colectividad.

Palabras Clave: *Asociaciones Público Privadas, APP, Ecuador, región latinoamericana, regulaciones.*

Abstract

The objective of this research work is to analyze the public private partnership (PPP) regarding the current norms that regulate it in Ecuador, noting important aspects such as its goal, the process of constitution, advantages, flaws and their current state in the country. In addition, the aim is to compare the legal reality that these partnerships live in Ecuador with the situation that they affront in other countries of the Latin American region. An in-depth study was carried out applying a qualitative comparative methodology on the different laws that regulate the PPP in the country, also taking as references other existing regulations present in other countries of Latin America. This study allowed to conclude that in Ecuador there's a lack of experience about PPP manner, which bring as a consequence that these partnerships show flaws when they are being applied. These flaws will have to be solve by the application of legal reforms, which could be inspired for the experience of other countries of the region that allow the optimization of this schema in beneficent of the community.

Keywords: Public Private Partnerships, PPP, Ecuador, Latin American region, regulations.

1. Introducción

Durante los últimos años, nuestro país ha estado bajo una crisis económica que ha afectado de manera directa al Presupuesto General del Estado, teniendo como consecuencias que muchas entidades estatales centrales y seccionales vean mermadas sus capacidades para el desarrollo de obras o la prestación de servicios públicos. Debido a esto, el legislador ecuatoriano centró sus esfuerzos en la redacción de normas que reconocen esquemas legales de delegación y asociación como la concesión, el consorcio o las alianzas estratégicas, con el fin de captar recursos por parte del privado para el financiamiento de proyectos públicos.

Pese a esta iniciativa, los modelos antes mencionados no resultaban suficientes ante la imperiosa necesidad de inversión privada en el país. Es por esto que el legislador decidió incorporar un nuevo esquema delegatorio a través de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas (LOIAPP), publicada en el Registro Oficial 652 con fecha de 18 de diciembre de 2015, conocida socialmente como ley “APP”.

La creación de esta ley es el motivo para realizar el presente trabajo de investigación, el cual se enfoca en el estudio del modelo de asociaciones público privadas en el Ecuador, revisando las ventajas y las falencias que incluye este esquema. Además, se propone llevar a cabo una mirada retrospectiva sobre los avances que este modelo ha presenta en ciertos países de la región.

2. Antecedentes históricos de las asociaciones público privadas a nivel mundial

Las asociaciones público privadas se caracterizan por la inserción del gestor privado en la ejecución de proyectos estatales para aliviar la carga presupuestaria del gobierno, lo cual se distancia de la concepción clásica en la cual el Estado debe ser el único encargado de lo público. (Alvárez Patiño, 2016, págs. 145-146).

Dicha concepción se institucionalizó de manera tardía en nuestro país, no obstante, se debe mencionar que las Asociaciones Público Privadas (en adelante APP, por sus siglas) lleva más de 50 años de vigencia alrededor del mundo. Reino Unido es el gran precursor de la APP, incluyéndola bajo el nombre de “private finance initiative”, que brindaba al gestor privado la posibilidad de proveer servicios públicos a largo plazo, pagados mediante diferimientos que dependen de la disponibilidad y el uso de dicho servicio. (Baldeón Barriga , 2016, págs. 108-110)

A partir de la experiencia británica, otros países comenzaron a incluir a la APP en sus legislaciones bajo diferentes denominaciones, por ejemplo, en Francia se conocen como “*Contracts de Cooperation Public – Privé*” (Contratos de Cooperación Público Privadas), países anglófonos como India, Sudáfrica, Australia o Canadá las llama “*PPP*” - *Private Public Partnership* (Asociación Público Privada), y en Latinoamérica se ha estandarizado la denominación Asociaciones Público Privadas. (Ibidem)

En la región, países como México y Colombia pasaron por años de reformas legales antes de incluir la APP. En el caso de México, las nociones cercanas a este

esquema aparecen desde 1980; por su parte, Colombia tuvo antecedentes constitucionales que datan del año 1991, los cuales contribuyeron a la institucionalización del modelo. (Alvárez Patiño, 2016, págs. 145-146).

Por lo anterior mencionado y como se podrá evidenciar dentro de la legislación comparada, Latinoamérica es un territorio muy interesante para estudiar la APP, puesto que los países aludidos, además de Perú y Brasil, presentan innovaciones y mejoras sobre este esquema de asociaciones en búsqueda de mayores beneficios para las partes que intervienen.

3. Las asociaciones público privadas en el Ecuador

En Ecuador la APP es regulada por la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas (LOIAPP), publicada en el Registro Oficial 562 del 18 de diciembre de 2015. Como dato anecdótico, ésta no fue la primera normativa en regular la APP, puesto que el Decreto Ejecutivo 582 llamado Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada, y publicado en el Registro Oficial 453 el 6 de marzo de 2015 ya regulaba el mecanismo de la iniciativa privada para presentar un proyecto de esta índole. (López Suárez , Pérez, & Aguilar, 2016, pág. 50)

Volviendo a la LOIAPP, este cuerpo legal regula la APP en base a otras disposiciones normativas que dan soporte a la delegación o asociación para que el privado pueda ingresar a desarrollar proyectos públicos. Comenzando por la Constitución de la República del Ecuador (CRE), en su artículo 316, inciso segundo, se recoge la facultad de delegación de las competencias públicas al sector privado estableciendo el carácter de excepcional: “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.” (CRE, 2008).

Normas de menor jerarquía también regulan el campo de delegaciones, así el Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) en su artículo 100 menciona varios esquemas para realizar la delegación al privado, estableciendo que el procedimiento adecuado a seguir debe ser un concurso público. (COPCI, 2010). Otras como el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) recalcan el criterio de excepcionalidad (COOTAD, 2010); por otra parte, la Ley de Modernización del Estado (LME), también hace referencia a parámetros que se deben tomar para la delegación de servicios públicos relativos a recursos naturales no renovables. (LME, 1993)

La revisión de estas disposiciones accesorias muestra que las delegaciones al privado en nuestro país se ven estrictamente reguladas. En este sentido la LOIAPP no es la excepción, pues desde su artículo 8 destina a la APP para la provisión de bienes, obras o servicios a modalidad de gestión delegada. Conforme a esto, el artículo 14 viene a complementar los casos de APP según el siguiente detalle:

- La construcción, el equipamiento (de ser necesario), la operación y mantenimiento de una obra pública nueva que brinde un servicio de interés general.
- La rehabilitación o mejora, el equipamiento (de ser necesario), operación y mantenimiento de una obra pública existente para que brinde un servicio de interés general.

- El equipamiento cuando la inversión requerida para este propósito sea sustancial, la operación y mantenimiento de una obra pública existente para que brinde un servicio de interés general.
- La operación y mantenimiento de una obra pública existente para que brinde un servicio de interés general cuando justifique mejoras sustanciales en esta materia a través de la participación privada en la gestión.
- La construcción y comercialización de proyectos inmobiliarios, vivienda de interés social y obras de desarrollo urbano, calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional.
- 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.
- Otros calificados como prioritarios por el Comité Interinstitucional.
(LOIAPP, 2015)

Es de esta manera que la APP en nuestro país se ve regulada, primero, por disposiciones constitucionales y demás normativa accesorio, y segundo, por las disposiciones específicas incluidas en la LOIAPP. El control aludido no solo se da a nivel de normativa, sino también a través de un organismo de vigilancia, del cual se habla a continuación.

3.1. Ente regulador.

La LOIAPP crea el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas (CIAPP), el cual fue ideado para que funja como un órgano colegiado intersectorial de vigilancia, adscrito a la Función Ejecutiva y que entre sus principales atribuciones tiene las siguientes:

- Definir sectores aptos para APP.
- Verificar componente nacional en APP.
- Aprobar propuesta de entidad delegante sobre proyecto APP y el régimen de incentivos.
- Determinar políticas para los beneficios aprobados.
- Expedir guías generales y notas técnicas para aplicar la APP.
- Determinar políticas y plazos para pagos diferidos por proyectos APP.
- Expedir reglamentos necesarios para su funcionamiento. (LOIAPP, 2015)

Como dato importante, la entidad delegante que entregará la competencia a ejercer al privado no cuenta con la potestad de aprobar la APP, solo se encargará de regular el procedimiento hasta la constitución de la asociación público privada.

3.2 Introducción al procedimiento para constituir una APP.

Para establecer la APP se debe desarrollar el trámite pre-contractual, el cual puede iniciar mediante dos maneras: iniciativa pública o iniciativa privada. La distinción de las iniciativas radica en quién impulsa el proceso para la constitución de una APP; la pública ve al ente delegante como principal precursor, mientras que con la iniciativa privada es el inversionista quien motiva el proceso a través de las

regulaciones del Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada. (Decreto Ejecutivo 582, 2015).

Una vez realizada la iniciativa pública o privada, el procedimiento a seguir es similar al de contratación pública, pues debe llevarse a cabo un concurso compuesto por fases como convocatoria, presentación y calificación ofertas, adjudicación, entre otras. (LOIAPP, 2015).

4. Mecanismos similares a la APP que permiten la participación del privado en el desarrollo de proyectos públicos

4.1 Mecanismo de delegación presente en la Ley de Modernización del Estado.

La Ley de Modernización del Estado (LME), publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993, regula la delegación a la iniciativa privada de la prestación de servicios, las actividades económicas y la exploración y explotación de los recursos no renovables del Estado, teniendo a la concesión como principal modelo delegatorio. (López Suárez , Pérez, & Aguilar, 2016, pág. 9)

4.1.1 Concesión.

Libardo Rodríguez (2015) menciona que la concesión, a pesar de firmarse a través del ejercicio de la potestad estatal, no debe descartar la intervención de un actor proveniente del derecho privado que pueda asegurar un trabajo eficaz. (págs.535-536). Esta es la realidad de la concesión en el país, pues busca que se persiga el cumplimiento de los intereses de la colectividad y la preservación del medio. (LME, 1993). Dicho esto, la concesión se presta para la confusión con el

esquema APP, diferenciándose porque esta última cuenta con bondades que la concesión no tiene, como por ejemplo el régimen especial de incentivos tributarios de la LOIAPP.

4.2. Mecanismos de asociatividad presentes en la LOEP.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), publicada en el Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009, incluye modelos de asociación como las alianzas estratégicas y el consorcio, los cuales tienen ciertos rasgos en común con la APP como se detalla a continuación.

4.2.1 Alianzas Estratégicas.

Menciona Zarkin (2013), que las alianzas estratégicas son empresas conjuntas que se unen con el fin de asociar esfuerzos para mejorar la competitividad y calidad de los bienes y servicios que van a ofrecerse. (págs.315-316). En el Ecuador las Alianzas Estratégicas son un método asociativo destinado a las empresas públicas a través de la LOEP, el cual adquiere la categoría de régimen especial en la por la inaplicabilidad de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública en sus procesos, lo cual lo asemeja con la APP a pesar de no contar con los beneficios de ley que se establecen para este último modelo. (LOEP, 2009).

Para complementar esta sección es pertinente mencionar la sentencia de la Corte Constitucional No. 001-12-SIC-CC emitida el 5 de enero de 2012 y publicada en el R.O. No. 629 que data del 30 de enero de 2012, en donde se aclara aspectos referentes a la delegación a un privado por parte de una empresa pública:

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

Y después continúa con lo siguiente:

3. Por otra parte, debe interpretarse que el Estado Central a través de las autoridades de control y regulación competentes de la Administración Pública o gobierno central, que tengan dicha atribución legal, podrá delegar a empresas mixtas, o excepcionalmente a la iniciativa privada o economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y/o la prestación de los servicios, en los casos contemplados en la ley de la materia o sector pertinente. (Corte Constitucional del Ecuador. 001-12-SIC-CC. Dr. Manuel Olivera Viteri. Enero 5 de 2012.)

Por lo que se puede concluir que las empresas públicas no podrán delegar sectores estratégicos o la prestación de servicios públicos, salvo que en la ley específica del sector se permita la delegación de alguno de estos dos.

4.2.2 *Consortios.*

Otro método asociativo presente en la LOEP es el consorcio, que en las acertadas palabras de Alberto Garrone (1993) es la reunión de capitales, tecnologías o

empresas para la consecución de un fin específico y determinado. (Pág. 474). En nuestra legislación, y previo a la expedición de la LOEP, los consorcios habían sido brevemente mencionados en la Ley de Compañías publicada en el Registro Oficial 312 del 5 de noviembre 1999, para establecer que será la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros quien ejerza control sobre estos cuando estén formados por al menos una sociedad nacional que este bajo vigilancia de este ente. (Ley de Compañías, 1999).

Pinto Silva (2014) menciona que el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) llevó a cabo un intento para regular los consorcios a través de una codificación de resoluciones, las cuales suman disposiciones que rigen para la conformación y control de estos cuando sean sujeto de contratación pública. (pág. 9) Sin embargo, es válido aclarar que dichas resoluciones solo rigen en un ámbito de contratación pública, y que el consorcio que trata la LOEP goza de la inaplicabilidad de la LOSNCP y el SERCOP. (LOEP, 2009).

5. Ventajas de las Asociaciones Público Privadas

Como se ha señalado en líneas anteriores, existen modelos asociativos y de delegación que permiten a la empresa privada la ejecución de proyectos públicos, teniendo como resultado una contraprestación financiera por parte del Estado y de los usuarios que gocen del bien o servicio. (LOIAPP, 2015) La comparación previa entre dichos modelos con la APP concluye en el presente capítulo con la presentación y explicación de las ventajas que ofrecen las asociaciones público privadas según la ley.

5.1 Beneficios Tributarios contenidos en la Ley Orgánica de Incentivos de Asociaciones Público Privadas.

La política que persigue el régimen de incentivos tributarios en la LOIAPP cumple con el principio fundamental de reserva de ley tributaria, esto en razón de que modifica y suprime impuestos con sus disposiciones en favor de los inversionistas privados. (LOIAPP, 2015) Dicha ley orgánica, a través de sus disposiciones reformativas, modifica el contenido en leyes conexas como la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI) o el Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) para poder establecer incentivos tributarios. Bien pareciera que la LOIAPP en verdad es un vehículo para reformar otros cuerpos normativos y otorgar los siguientes incentivos:

Tabla 1

Régimen de incentivos tributarios aplicables a la APP.

No.	Tributo	Plazo
1	Exoneración del impuesto a la renta (también rendimientos y beneficios por depósitos a plazo fijo en instituciones financieras)	10 años
2	Exoneración del impuesto a la renta sobre utilidades o dividendos	10 años
3	Exoneración del impuesto a la renta sobre utilidades que perciban sociedades domiciliadas o no en el Ecuador, hasta por un monto anual de una fracción básica gravada con tarifa cero del pago del impuesto a la renta	Define el CIAPP
4	Exoneraciones arancelarias	Define el

		CIAPP
5	Exoneración a tributos de comercio exterior	Define el CIAPP y Comercio Exterior (COMEX)
6	Exoneración para importaciones destinadas al proyecto	Define el CIAPP
7	Exoneración de impuestos regulados por el COOTAD (impuesto predial, alcabala, plusvalía, utilidad)	Define el CIAPP
8	Estabilidad jurídica	Por la duración de la APP
9	Agentes de retención en calidad de empresa pública, con derecho a crédito tributario	Define el CIAPP
10	Pagos al exterior serán deducibles, no sujetos a impuesto a la renta, ni a retención de fuente	Define el CIAPP
11	Beneficios adicionales mediante reformas	Define el CIAPP

(López Suárez , Pérez, & Aguilar, 2016, págs. 52-54).

Para Medina (2016) los beneficios detallados anteriormente se consideran como un tratamiento especial tributario, el cual es discriminatorio pues coloca al

inversionista en una condición de inferioridad y por eso le otorgan beneficios tributarios. El autor profundiza indicando que el inversionista se motiva a invertir su capital en el estado que presente estas condiciones, sin embargo, de existir varios países con este tratamiento, la llegada de estos capitales dependerá de otros factores como el mercado y la demanda. (págs. 120-121).

En fin, el régimen de incentivos tributarios deberá ser analizado por la entidad delegante, el gestor privado y el estado central, pues debe seguir un procedimiento adecuado en la legislación, del cual se habla a continuación.

5.1.1 Breve descripción de la aprobación de los incentivos tributarios a través de una APP.

Como ya se ha manifestado, el Comité Interinstitucional de las Asociaciones Público Privadas (CIAPP) es la entidad que da paso al proyecto de APP, pero también es competente para aprobar los incentivos tributarios que se le otorgará al proyecto de gestión delegada. Por esto el CIAPP necesita que la solicitud de estos incentivos se fundamente con las corridas financieras, proyecciones, informes de viabilidad y hasta los pliegos del concurso. Una vez analizados dichos documentos el máximo órgano deberá emitir una resolución diferenciada a la de aprobación de la APP, en la cual se aprobará el régimen de incentivos tributarios y los términos en los cuales se aplicará. (Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas, 2017, pág. 16)

5.2 Decreto 582: Iniciativa Privada, Principio Swiss Challenge.

Otra ventaja que muestra el esquema APP es el principio de *Swiss Challenge*, el cual se incluye en el Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada emitido a través de decreto ejecutivo 582, publicado en el Registro Oficial 453 del 6 de marzo de 2015 para determinar el socio estratégico de un proyecto bajo modalidad APP. (Decreto Ejecutivo 582, 2015).

En el Ecuador dicho modelo tiene antecedentes en procesos no relativos a la APP, así se puede mencionar que los proyectos de la Hidroeléctrica Toachi – Pilatón y el Nuevo Aeropuerto de Quito fueron ejecutados bajo *Swiss Challenge*. En su oportunidad el Consejo Provincial de Pichincha determinó al *Swiss Challenge* como un esquema de negociación competitiva, que inicia con un primer proponente y que posteriormente, busca concurrencia de más interesados. (Hidrotoapi - CELEC, 2010).

Dicha negociación competitiva persigue un fin legítimo, buscar y escoger a través de la puja la oferta que mejores aspectos técnicos y financieros reúna en favor del Estado. (Moncayo, 2008, págs. 13-14). En síntesis, todo el contingente que ha sido aportado por ese primer proponente termina siendo reconocido en el Decreto Ejecutivo 582, en el cual se dispone establecer ventajas en los pliegos del concurso de APP para el proponente privado que ofertó en primer lugar. (Decreto Ejecutivo 582, 2015).

Como dato curioso, el Decreto Ejecutivo 582 que incorpora el principio de *Swiss Challenge* y fue publicado en el Registro Oficial 453 del 6 de marzo de 2015 entró a regular a la APP sin que exista una Ley Orgánica que norme esta institución

en el país, pues la LOIAPP fue publicada en el Registro Oficial 562 del 18 de diciembre de 2015, es decir nueve meses después.

6. Asociaciones público privadas en el Ecuador: una mirada sobre la realidad del modelo de delegación en nuestro país

En enero de 2018 la ley que promueve la APP (LOIAPP) acababa de cumplir dos años de vigencia, con motivo de esto un importante diario a nivel nacional recogió criterios de expertos en modelos asociativos, los cuales concuerdan que la inversión privada no llega a consumarse a través de este modelo. A continuación, se detallan algunos de los motivos por los cuales las asociaciones público privadas en el país no despegan.

6.1 Falencias de las Asociaciones Público Privadas.

Bodero menciona que existen dos motivos puntuales por los cuales la proyección de las APP se limita en el país, el primer motivo radica en la excesiva burocratización provocada por la inclusión de todos los ministerios al procedimiento precontractual de la APP, provocando incertidumbre en el inversionista quien no tiene claro cuál es el organismo competente para aprobar su proyecto. En cuanto al segundo motivo, la prohibición para que la empresa privada pueda invertir en sectores estratégicos como el agua, es otro de los puntos limitantes de este modelo y que obliga al Estado a financiarse a través de préstamos que, por sus exigentes condiciones, terminan produciendo más pérdidas que ganancias. (Bodero, 2018, pág. 12)

Sobre las restricciones en materia de sectores estratégicos se puede señalar que las mismas no son muy claras, pues si bien es cierto, la Constitución cierra la puerta a la delegación de dichos sectores al privado, dentro de la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional No. 001-12-SIC-CC emitida el 5 de enero de 2012 y publicada en el R.O. No. 629 que data del 30 de enero de 2012, se expresa que estos son excepcionalmente delegables, según lo que disponga la ley específica de la materia.

Después de lo mencionado, es importante destacar que el sector estratégico del agua sí cuenta con una prohibición expresa en la Constitución de la República del Ecuador, y otra en la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (LOHRI) en su artículo 7. La conclusión sobre esta prohibición en dicho sector estratégico debe orientarse a la reforma de estos cuerpos legales, con el fin de ampliar el campo de acción de la APP, como sucede en otros países de la región. (LOHRI, 2014).

6.2 Asociaciones Público Privadas aprobadas en el Ecuador.

A pesar de las falencias que contemplan las asociaciones público privadas en nuestro país, en mayo de 2016 se aprobaron dos proyectos “pilotos” vinculados al sector portuario; primero con la constitución de la APP de Puerto Posorja y Puerto Bolívar, a las cuales se sumó el Puerto de Manta en diciembre del mismo año. En otra área como la de vialidad, se puede hacer referencia a los proyectos Carretera Río 7 – Huaquillas y al Viaducto Sur de Guayaquil, aprobados en junio de 2016 y noviembre de 2017 respectivamente. Los proyectos mencionados representan una inversión

aproximada de 3.892 millones de dólares. (Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO) , 2017, págs. 15-19).

En la práctica, la ejecución de estos proyectos avizora en su mayoría buenos resultados, tanto para el inversionista privado como para las entidades públicas. No obstante, proyectos como la delegación de Puerto Bolívar ha tenido inconvenientes en la fase de inversión y desarrollo, los cuales han desatado conflictos entre el delegatario y los sectores productivos que hacen uso de los servicios portuarios. (Castillo, 2017, pág. 7)

6.3 APP: Su futuro inmediato en el Ecuador.

A pesar de las preocupaciones que presentan varios sectores ante la implementación de las asociaciones público privadas, el panorama parece estar en la ruta hacia una mejora sustancial. Esta es la sensación que se da tras el anuncio del Programa Económico de Estabilización Fiscal y Reactivación Productiva por parte del presidente de la República del Ecuador, el Lcdo. Lenín Moreno Garcés, el cual busca combatir la actual crisis económica que enfrenta el país con medidas correctivas como, el inicio de un activo proceso de alianzas público privadas. (Presidencia de la República del Ecuador, 2018, págs. 4-5)

La medida antes referida estimulará la ejecución de APP en obras de infraestructura, hidrocarburos, energía, minería, telecomunicaciones, transporte y obras públicas; el Gobierno apunta a obtener inversiones de 7.000 millones de dólares entre 2018 y 2021. (Ibidem). Para llegar a esta meta, dichas asociaciones necesitan reformas a nivel normativo e institucional, que incluyan la eliminación de las

falencias que han sido contempladas en este capítulo. La pregunta ahora sería ¿cómo llevar a cabo dichas reformas? Esto será un tema que se abordará dentro del capítulo de conclusiones.

7. Legislación comparada

Luego de analizar la APP en el Ecuador, es pertinente preguntarse ¿qué sucede con este modelo en otros países?

La realidad es que dentro de la región se ha incorporado este esquema para incentivar a la micro, pequeña y mediana empresa (Mipymes). (Font Aranda, et al., 2017, pág. 65). Otro de los motivos del apogeo de la APP en Latinoamérica es que este esquema busca la reducción de la pobreza y el desarrollo de proyectos sociales claves. (Demirag, et al., 2011, pág. 23) Tomando en cuenta esto, países vecinos han emprendido el desarrollo de interesantes proyectos en modalidad de APP, generando así innovaciones dentro de esta estructura de inversión como sucede en los casos de Perú, México, Colombia y Brasil.

7.1 Perú.

A diferencia de Ecuador, Perú comenzó temprano el proceso de APP, pues durante los años noventa llevó a cabo un proceso de reformas legales destinadas a crear un clima de seguridad y confianza al inversionista privado, buscando la incorporación de este último en el desarrollo de proyectos públicos. (Umezawa & Reaño, 2013, págs. 52-53). Esta corriente de reformas desembocó en la creación del Decreto Legislativo 1012 que aprueba la ley marco de Asociaciones Público Privadas

y Proyectos, expedido el 13 de mayo de 2008, el cual tiene como objeto limitar la actividad de las asociaciones público privadas. (Decreto Legislativo 1012, 2008)

El Decreto Legislativo en cuestión es la base normativa de la APP en Perú, a partir del cual se admiten innovaciones a este modelo de asociación. Un claro ejemplo de esto es lo que lleva a cabo el Ministerio de Educación (MINEDU), el cual utiliza este esquema como medio para ejecutar la construcción, mantenimiento y equipamiento de la infraestructura educativa. (Grupo propuesta ciudadana, 2017, págs. 12-14)

Según cifras oficiales, el MINEDU desarrolla este plan con aproximadamente 173 planteles educativos, divididos entre instituciones educativas iniciales, primarias, secundarias y superiores tecnológicos, presentes en 87 regiones de Perú. El fin institucional que persigue dicho Ministerio es alivianar la carga al Estado a la hora de desarrollar infraestructura educativa, puesto que quién haría el esfuerzo aquí sería el inversionista. (Ministerio de Educación de Perú, 2015, págs. 5-8)

7.2 México.

Parecido a lo que ocurre en el Ecuador, durante sus inicios México sufrió ciertas dificultades en materia de APP causadas por la escasa legislación con la que contaba este esquema. Como ejemplo se puede citar que muchos contratos de APP se realizaban sin que el privado realmente asuma un riesgo, lo que derivaba en un fuerte desgaste para el sector público. (Lozano Montero, Godínez López, & Albor Guzmán, 2017, págs. 28-29).

Aún con estos acontecimientos, en el año 2009 se aprobaron más de 380 millones de dólares para proyectos de inversión que tenían a las corporaciones españolas como principales beneficiarias. (Mendoza, 2012, s/p). Datos como estos sirvieron para que el Gobierno de México catalogue a la APP como un instrumento útil para el desarrollo de una política pública - particular exitosa, la cual permitió ejecutar 50 proyectos bajo esta modalidad entre los años 2003 - 2012. (Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, 2016, pág. 14).

En el ámbito de APP, México se destaca en el área de salud, llevando a cabo exitosos proyectos de hospitales mediante las modalidades de bata gris y bata blanca, las cuales se diferencian en que la primera comprende la construcción de la infraestructura, mientras que la segunda implica además de esto, incorpora los servicios médicos necesarios. (Astorga, et al., 2016, pág. 6). Esta innovación aplicada en México ha resultado en la ejecución de 13 de hospitales bajo el esquema de bata gris, superando a Colombia que cuenta con un solo hospital, y a su vez viéndose superado por países como Perú y Brasil con 16 y 24 obras de esta categoría hasta febrero 2016. (Astorga, et al., 2016, pág. 3).

7.3 Colombia.

Similar a la experiencia peruana, Colombia atravesó una serie de cambios en su legislación desde los años noventa, los cuales buscaban atraer la inversión privada a su país. Como resultado, el 10 de enero de 2012 se publica el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público Privada (Ley 1508), la cual se encarga de regular el procedimiento para la constitución de una APP. (Gonzalez Serna, 2014, pág. 22). Del

régimen jurídico colombiano, se puede apreciar que el procedimiento para la constitución de una APP contempla los mismos escenarios que en Ecuador, es decir, iniciativas pública y privada las cuales han sido publicadas en la misma Ley 1508. (Ley 1508, 2012)

Con la Ley 1508 en vigencia, Colombia ha buscado promover proyectos de todo tipo, tales como: autopistas, vías perimetrales, modernizaciones de aeropuertos, planes para potenciar navegabilidad en ríos y la construcción de infraestructura pública. Este último mencionado abarca gran parte del portafolio de proyectos vía APP que señala el Departamento Nacional de Planeación, convirtiéndolo así en una prioridad del gobierno colombiano. (Departamento Nacional de Planeación, 2018, pág. 15). Es así como la expectativa por los proyectos que se pueden llegar a ejecutar es muy alta, sobre todo por la gran variedad de áreas que llegará a beneficiar a través de las asociaciones público privadas.

7.4 Brasil.

La APP tuvo su aparición en Brasil en el año 2003 dentro de la legislación local del Estado de Minas Gerais. Esta normativa fue también acogida por el Estado de Sao Paulo y finalmente, a finales de 2004, se expidió la Ley Federal No. 11.079/2004 – Ley General de APP publicada el 30 de diciembre de 2004, la cual normó esta institución de manera general en todo el país. La Ley Federal No. 11.079/2004 contiene regulaciones que limitan el esquema como por ejemplo que solo podrán constituirse APP en proyectos que sobrepasen los R\$ 20,000,000.00 lo

que aproximadamente ascenderían a USD\$5,846,000.00. (Marques Neto & De Souza Loureiro, 2013, págs. 280-282)

Algo que llama la atención en esta ley es que el proceso de contratación exige a quien tiene la iniciativa de constituir una APP de contar con estudios técnicos o licencias ambientales para el desarrollo del proyecto. Este aspecto podría considerarse como una ventaja porque ahorra tiempo en la contratación, sin embargo, también representa un inconveniente pues al no contar con estos requisitos, la obra no será ejecutada. Además, estos aspectos pueden causar desajustes financieros en la proyección económica, desencadenando el fracaso de la APP. (Ibidem).

En el ámbito del sector estratégico del agua, a diferencia de Ecuador, en Brasil la Ley General de APP sí permite delegaciones, lo cual ha permitido el desarrollo de grandes obras como el sistema Productor del Alto Tietê realizado por SABESP. (Marques Neto & De Souza Loureiro, 2013, pág. 278). A pesar de las bondades del modelo APP, en Brasil se impulsó la ley reformativa No 12.766/2012 publicada el 27 de diciembre de 2012, la cual se centró en mejorar puntos específicos como el aumento de gasto corriente permitido a las entidades federales, ampliación de mecanismos de garantía y el aporte dentro de este método delegatorio. (Ley No. 12.766. Diciembre 27 de 2012).

Por los ejemplos brindados se puede decir que la experiencia de Brasil en APP lleva años luz de ventaja al Ecuador, pues este país entiende lo importante que es, primero, facilitar la tramitología para que el privado venga a invertir y, segundo, que amplíen su espectro a favor de generar obras y obtener recursos en otras áreas.

8. Conclusiones

Luego de haber expuesto los componentes que integran una APP, haciendo énfasis en las ventajas y falencias que vive dicho esquema en Ecuador, además de extender el estudio hasta otros territorios de la región, es importante establecer las conclusiones respectivas al tenor de lo siguiente:

Las Asociaciones Público Privadas en el Ecuador, pueden ser consideradas como un modelo delegatorio-asociativo similar a otros reconocidos en nuestro país como la concesión, consorcio y alianzas estratégicas, pero que se diferencia por las ventajas que ofrece en el rango de incentivos tributarios. Sin embargo, a pesar de tener ciertas ventajas, se evidencian también falencias de dicho modelo. La burocratización del proceso constitutivo de la APP y la no inclusión de sectores estratégicos para desarrollar estos proyectos son claros ejemplos.

Ante esto, se debe procurar disminuir la burocratización en el trámite de constitución de las APP's y buscar la inclusión de otros sectores estratégicos tal como pasa en los demás países de la región, para así lograr acaparar mayor atención de la inversión privada nacional y extranjera en estos proyectos de millonarios montos. Es por esto que es válido que el Ecuador tome la experiencia de países Latinoamericanos como Brasil, impulsando los cambios mencionados en una ley reformativa a la Ley Orgánica de Incentivos Para Asociaciones Público Privadas.

Finalmente, del análisis de la legislación comparada en asociaciones público privadas se concluye que las reformas normativas aplicadas aportaron significativos avances, permitiendo así la optimización del modelo APP. De esta manera Perú y

México cuentan con innovaciones en áreas de educación y salud respectivamente. Por otro lado, Colombia ha priorizado la infraestructura pública y Brasil tiene un campo de acción amplio con mejoras en la tramitología de contratación.

Referencias Bibliográficas

Alvárez Patiño, L. A. (2016). Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública. En U. d. Antioquia, *Estudios de derecho* (págs. 145 - 146). Antioquia: Universidad de Antioquia. doi:10.17533/udea.esde.v73n162a06

Astorga, I., Alonso, P., Pinto, D., Freddi, J., & Correderas, M. (2016). *10 años de Asociaciones Público Privadas (APP) en salud en América Latina Qué hemos aprendido?* Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado el 20 de Marzo de 2018, de <https://publications.iadb.org/handle/11319/7751>

Baldeón Barriga , I. M. (2016). Las Asociaciones Público Privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano. *FORO Revista de Derecho, I semestre*(25), 108 - 110. Recuperado el 28 de Febrero de 2018, de [file:///C:/Users/User/Downloads/Las_asociaciones_público_privada%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Las_asociaciones_público_privada%20(2).pdf)

Bodero, M. (14 de Enero de 2018). Las Alianzas Público-Privadas no despegan. *El Expreso*. Obtenido de <http://www.expreso.ec/actualidad/comercio-alianza-empresas-publicas-privadas-GK1963228>

Castillo, M. (15 de Noviembre de 2017). Sector bananero marcha en Machala. *El telégrafo*. Obtenido de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/1/sector-bananero-marcha-en-machala-por-alza-de-tarifas-en-puerto>

Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. (2016). *Las Asociaciones Público Privadas como Alternativa de Financiamiento para las Entidades Federativas*. México DF: EECEFP. Recuperado el 4 de Abril de 2018, de

<http://www.cefp.gob.mx/publicaciones/documento/2016/junio/ecefp0032016.pdf>

Comité Interinstitucional de Asociaciones Público Privadas. (2017). *Guía metodológica para presentación y proyectos bajo la modalidad de asociación público - privada*. Quito.

Demirag, I., Khadaroo, I., Stapleton, P., & Stevenson, C. (2011). *Risks and the financing of PPP: Perspectives from the financiers*. . The British Accounting Review 43.

Departamento Nacional de Planeación. (2018). *Asociaciones Público Privadas -APP- en Infraestructura en Colombia*. Bogotá. Recuperado el 11 de Abril de 2018, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Oficial%20Enero%202018.pdf>

Font Aranda, M., Salas Álvarez, W., Andrade Alcívar , L., & Peñate Suárez, Y. (2017). Alianzas Público Privadas para el desarrollo turístico local, visión comparada Cuba - Ecuador. *PODIUM*. Recuperado el 12 de marzo de 2018, de <https://search.proquest.com/docview/1908296024/826C3D01E3B14174PQ/1?accountid=36753>

Garrone, J. A. (1993). Diccionario Jurídico Abeledo - Perrot. En J. A. Garrone, *Diccionario Jurídico Abeledo - Perrot* (pág. 474). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Gonzalez Serna, C. (Junio de 2014). De los avances legislativos en asociaciones públicoprivadas –APP-: los retos en estructuración de proyectos de iniciativa privada. *Justicia Juris*, 10(1), 21-31. Recuperado el 20 de Marzo de 2018, de <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a03.pdf>
- Grupo propuesta ciudadana. (2017). *La inversión privada en el sector educación*. Lima. Recuperado el 2 de Abril de 2018, de <http://propuestaciudadana.org.pe/wp-content/uploads/2017/01/La-inversi%C3%B3n-privada-en-el-sector-educaci%C3%B3n-Un-an%C3%A1lisis-de-las-APP-y-OXL-en-infraestructura-educativa.pdf>
- Hidrotoapi - CELEC. (2010). Bases del concurso Hidroeléctrica Toachi Pilatón.
- Jarrín Barragan, J. J. (2013). Derecho tributario formal ecuatoriano. En J. J. Jarrín Barragan, *Derecho tributario formal ecuatoriano* (págs. 34-35). Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- López Suárez , D., Pérez, A., & Aguilar, J. (2016). Manual de contratación pública. En D. López Suárez, A. Pérez, & J. Aguilar, *Manual de contratación pública* (pág. 9). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Lozano Montero, E., Godínez López, R., & Albor Guzmán, S. (2017). Las Asociaciones Público Privadas en México: Financiación y beneficios sociales en proyectos de infraestructura de carretera. *Revista Global Negocios*, 5(7), 23-43. Recuperado el 29 de Marzo de 2018, de <ftp://ftp.repec.org/opt/ReDIF/RePEc/ibf/rgnego/rgn-v5n7-2017/RGN-V5N7-2017-3.pdf>

- Marques Neto, F., & De Souza Loureiro, C. (2013). Diez años de Alianzas Público-Privadas (APP) en Brasil. *Círculo de derecho administrativo*, 275-295.
Recuperado el 7 de Abril de 2018, de file:///C:/Users/User/Downloads/13481-53685-1-PB%20(1).pdf
- Martínez Lago, M. Á., & García de la Mora, L. (2010). Lecciones de Derecho Financiero y Tributario. En M. Á. Martínez Lago, & L. García de la Mora, *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario* (págs. 259-260). Madrid: IUSTEL.
- Medina Bermejo, A. (2016). La eficacia de los incentivos tributarios a la inversión en Centroamérica. En A. Medina Bermejo, *La eficacia de los incentivos tributarios a la inversión en Centroamérica* (págs. 120-121). Guatemala: Serviprensa.
- Mendoza, E. (8 de Enero de 2012). *Asociaciones público - privadas: nueva oleada de privatizaciones*. Recuperado el 2018 de Abril de 20, de Voltairenet:
<http://www.voltairenet.org/article173758.html>
- Ministerio de Educación de Perú. (2015). *Inversión Privada para el Desarrollo: Estrategia del Sector Educación*. Cuzco: MINEDU.
- Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO) . (2017). *Asociaciones Público Privadas - APP* . Quito.
- Moncayo, P. (2008). *El Nuevo Aeropuerto de Quito, Documentos para la historia, Quito*. Quito: El Antebrazo Taller de Comunicación - Alcaldía Metropolitana de Quito.

Osorio, M. (2008). Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas y Sociales. En M.

Osorio, *Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas y Sociales* (pág. 61).

Buenos Aires: Heliasta.

Pérez, E. (2009). Derecho Administrativo. En E. Pérez, *Derecho Administrativo*

(págs. 655-657). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Pinto Silva, A. M. (2014). *Transparencia en la contratación pública*. Obtenido de

<http://unimilitar->

dspace.metabiblioteca.org/bitstream/10654/11078/1/Transparencia%20en%20

[la%20contratación%20pública%20\(ensayo\).pdf](http://dspace.metabiblioteca.org/bitstream/10654/11078/1/Transparencia%20en%20la%20contratación%20pública%20(ensayo).pdf)

Presidencia de la República del Ecuador. (2018). *Programa Económico de*

Estabilización Fiscal y Reactivación Productiva . Quito.

Rodríguez, L. (2015). Derecho Administrativo. En L. Rodríguez, *Derecho*

Administrativo (págs. 535-536). Bogotá, Colombia: TEMIS.

Umezawa, A., & Reaño, M. (2013). Evolución de las Asociaciones Público Privadas

– APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de

experiencias. *Círculo de Derecho Administrativo*. Recuperado el 15 de Abril

de 2018, de

revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/.../140

94

Zarkín Cortés, S. S. (2013). Derecho Corporativo. En S. S. Zarkín Cortés, *Derecho*

Corporativo (págs. 315-316). México D.F.: PORRÚA .

Leyes consultadas

Constitución de la República del Ecuador [Const]. Art. 316. Octubre 20 de 2018
(Ecuador).

Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones (COPCI). Art. 100.
Diciembre 29 de 2010 (Ecuador).

Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización
(COOTAD). Art. 283. Octubre 19 de 2010 (Ecuador).

Ley Orgánica de Incentivos Para las Asociaciones Público Privadas de 2015. Por la
cual se regulan las Asociaciones Público Privadas en el Ecuador. Diciembre
18 de 2015. RO Suplemento No.652.

Decreto Ejecutivo 582 [Presidencia de la República del Ecuador] Por medio el cual se
reglamenta la iniciativa privada en asociaciones público privadas. Marzo 6
de 2015.

Ley 50, Ley de Modernización del Estado. Por la cual se regulan las privatizaciones y
prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada. Diciembre
31 de 1993. R.O. No.349.

Ley Orgánica de Empresas Públicas. Por la cual se regulan las empresas públicas.
Octubre 16 de 2009. R.O. Suplemento No.48.

Corte Constitucional del Ecuador. 001-12-SIC-CC. Dr. Manuel Olivera Viteri. Enero
5 de 2012

Ley de Compañías. Por la cual se regulan las compañías y sociedades corporativas en
el Ecuador. Noviembre 5 de 1999. R.O. No.312.

Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua. Para la regulación al uso del sector estratégico del agua. Agosto 6 de 2014. R.O. Suplemento 305.

Decreto Legislativo Perú 1012 [con fuerza de ley] Por medio el cual se aprueba la ley marco de asociaciones público - privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Mayo 13 de 2008.

Ley 1508 de 2012 (Colombia). Por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de su presupuesto y se dictan otras disposiciones. Enero 10 de 2012. D.O. No.48.308.

Lei 11.079/2014 (Brasil). Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público privada no âmbito da administração pública. Diciembre 30 de 2004. Diario Oficial de la Unión.

Lei 12.766/2012 (Brasil). Altera as Leis 11.079, de 30 de Dezembro de 2004, que Institui Normas Gerais para Licitação e Contratação de Parceria Publico-Privada No Ambito da Administração Publica, para Dispor Sobre o Aporte de Recursos em Favor do Parceiro Privado, 10.637, de 30 de Dezembro de 2002, 10.833, de 29 de Dezembro de 2003, 12.058, de 13 de Outubro de 2009, 9.430, de 27 de Dezembro de 1996, 10.420, de 10 de Abril de 2002, 10.925, de 23 de Julho de 2004, 10.602, de 12 de Dezembro de 2002, e 9.718, de 27 de Novembro de 1998, e a Medida Provisoria 2.158-35, de 24 de Agosto de 2001, e da Outras Providencias.. Diciembre 27 de 2012. Diario Oficial de la Unión.