



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE POSTGRADO

TÍTULO:

**¿SON LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS UN MODELO DE GESTIÓN DE
PROYECTOS DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS INCLUSIVO Y
SOSTENIBLE?**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A
OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO DE EMPRESA**

AUTOR:

Abg. Francisco Xavier Moscoso Moscoso

NOMBRE DEL TUTOR:

Daniel López Suárez, Ab. Mag.

SAMBORONDÓN, FEBRERO, 2019

¿Son las Alianzas Público Privadas un Modelo de gestión de proyectos de obras y servicios públicos inclusivo y sostenible?

Resumen

La presente investigación busca analizar desde el enfoque jurídico si las alianzas público privadas, constituyen una estrategia que facilita la participación de la sociedad civil en el desarrollo de proyectos de obras y servicios públicos. En el marco teórico del trabajo se puntualiza, diferentes conceptualizaciones del tema de las alianzas público privadas, dado que no existe en la doctrina un concepto único sobre esta figura de derecho administrativo. Tiene como objetivos analizar la naturaleza del régimen jurídico aplicable a las alianzas público privadas en el Ecuador, estudiar el marco legal regulatorio de las alianzas público privadas en Ecuador, determinar si las alianzas público privadas constituyen un modelo de gestión de proyectos de obras y servicios públicos inclusivo y sostenible. La presente investigación es una revisión documental de las leyes que regulan las alianzas público privadas en el Ecuador. Metodológicamente constituye una revisión documental, como resultados se puede señalar que, las alianzas público privadas son un contrato que transita entre la privatización y la concesión tradicional y al igual que, el resto de los contratos genera obligaciones, con la característica peculiar que el elemento subjetivo activo de la relación jurídica es el Estado. Entre las conclusiones, existe un extenso marco normativo que brinda seguridad jurídica al sector privado y permite al Estado Ecuatoriano la incorporación activa de la sociedad civil en la gestión de asuntos de interés colectivo.

Palabras Clave: alianza pública privado, concesiones, privatización

Are Public-Private Partnerships a way to supply a country's lack of liquidity?

Abstract

This research seeks to analyze from the legal perspective whether public-private partnerships are a strategy that facilitates the participation of civil society in the development of public works and services projects. In the theoretical framework of work, different conceptualizations of the subject of public-private partnerships are pointed out, given that there is no single concept in this doctrine about this figure of administrative law. Its objectives are to analyze the nature of the legal regime applicable to public-private

partnerships in Ecuador. Study the regulatory legal framework of public-private partnerships in Ecuador. Determine if public-private partnerships constitute a project management model for inclusive and sustainable public works and services. The present investigation is a documentary review of the laws that regulate public-private partnerships in Ecuador. Methodologically constitutes a documentary review, as results can be noted that public-private partnerships are a contract that runs between privatization and traditional concession and like the rest of the contracts generates obligations, with the peculiar characteristic that the subjective element active of the legal relationship is the State. Among the conclusions, there is an extensive normative framework that provides legal security to the private sector and allows the Ecuadorian State to actively incorporate civil society in the management of matters of collective interest.

Keywords: private public alliance, concessions, privatization

Introducción

Históricamente la región latinoamericana se ha caracterizado por la inestabilidad y constante cambio en los enfoques de la política económica; Bértola y Ocampo, (2016) afirman que, “varios países de América Latina han experimentado rápido crecimiento alcanzando niveles de ingreso per cápita altas tasas de crecimiento. Sin embargo, la regla ha sido que no logran mantener el crecimiento económico y surgen profundas crisis posteriormente”. (p. 25).

Después de la II Guerra Mundial en América Latina se establece el modelo de desarrollo sustitutivo de importaciones que sustentaba el estado de bienestar propiciado desde la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, fuertemente influenciado por el paradigma keynesiano. FitzGerald (1994) plantea que, este enfoque de desarrollo el crecimiento económico era impulsado mediante la intervención del Estado a través de un conjunto de políticas públicas de regulación económica orientadas al aumento sostenido de la renta per cápita, el fomento de la acumulación de capital, la industrialización, la protección del mercado, la generación de empleo y la mejora de las condiciones de la vida de los ciudadanos.

La regulación económica desde el sector público condujo a una fuerte intervención estatal, que se transformó en la incapacidad del Estado tanto en el uso de los recursos públicos como en la solución a las demandas de los distintos sectores. Por otra parte, el crecimiento económico se sostenía en la alta dependencia de la exportación productos primarios, especialmente del área energética y, por ende, a la vulnerabilidad de las tendencias de los mercados internacionales. Es por ello que, como consecuencia la baja de los precios del petróleo los países de la región ingresaron en un largo período de estancamiento económico. Paralelo a ello, los estados latinoamericanos contrajeron grandes deudas con organismos multilaterales para el financiamiento de planes de industrialización.

Al respecto, Del Búfalo (2002) plantea que, la ausencia de recursos impidió al Estado continuar con el gasto público; aunado a ello, los mecanismos de legitimación de los sistemas de gobierno basados en un sistema clientelar, al igual que en un fuerte centralismo en la toma decisiones generó una crisis de ingobernabilidad en Latinoamérica, caracterizada por altos índices de corrupción, pobreza, desigualdad y deslegitimación de los sectores de poder y las formas tradiciones de gobierno. En este contexto, se planteó la aplicación a partir de la década de los ochenta del ajuste estructural basado en principios de carácter neoliberal que consistía en “la reducción del intervencionismo estatal a través de la descentralización, focalización del gasto público social hacia los más pobres, y apertura de espacios a la participación de agentes privados en la provisión de servicios sociales”. (Bértola y Ocampo, 2016, p. 230).

En este escenario de crisis, surge la discusión en torno a las debilidades del aparato del Estado y la necesidad de transformación del sector público como estrategia para los problemas propios de la administración pública clientelismo, padrinazgo y el paternalismo a la vez, que permitiera la incorporación de la sociedad civil en la gestión gubernamental. “Se creía que la desregulación y la privatización estimulaban el crecimiento económico y liberaban fuerzas innovadoras en todos los sectores de la actividad productiva. (Mayntz, 2001, p.1).

Engel et al. (2014) señala que, suponía un nuevo modelo normativo que garantiza una nueva institucionalidad dentro del aparato estatal para el logro de la eficiencia y eficacia en el manejo de los recursos públicos. En razón de ello, surge propuesta de los organismos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial para incorporación de las alianzas público privadas que

consistía en, “el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública” (Cruz, 2016, p. 13). Sin embargo, “una sociedad civil no puede existir donde hay gran desigualdad social; es incompatible con una estructura de Estado feudal, con la esclavitud y la división de la población en castas”. (Mayntz, 2001, p.3).

Como resultado de la aplicación de las políticas de ajuste estructural Kliksberg (1993), sostiene que, durante la década de los ochenta del siglo XX la pobreza afectaba aproximadamente el 38% de los latinoamericanos, mientras que para 1990 se incrementó cerca del 62% de la población casi 4 de cada 10 habitantes de la región. Aunado a ello, una serie de crisis políticas y de contratiempos económicos ha desacreditado las luminosas promesas del mercado como fuerza conductora del progreso. (Mayntz, 2001, p.3).

Posteriormente, en la primera década del siglo XXI se incrementan en el mercado internacional los precios de la cesta petrolera, por lo cual la región latinoamericana experimentó un considerable crecimiento en su producto interno bruto, a la vez que el resurgimiento la doctrina keynesiana sobre la inversión pública como estrategia para el estímulo a la economía centrado en la renta petrolera como principal fuente de financiamiento para el gasto público.

Paralelo a ello, sostienen Longo y Echevarria (2010) que se desarrolló un proceso de reforma institucional y del ordenamiento jurídico, lo cual ha sido un argumento decisivo en las últimas dos décadas para los países de América Latina, la propuesta del nuevo modelo normativo que garantiza una nueva institucionalidad en el sector público, se concretó a inicios del siglo XXI materializados en los procesos constituyentistas. Este proceso de reforma a más de la modernización del aparato del Estado, tuvo como propósito incorporar un modelo económico que retomará el papel intervencionista del Estado para regular el mercado y finaliza con las propuestas neoliberales de privatización y descentralización específicamente en áreas estratégicas como energía, telecomunicaciones, recursos naturales y minería.

En el caso específico del Ecuador, en el año 2008 se aprueba una nueva Constitución la cual brinda asidero constitucional al denominado Modelo Alternativo de Desarrollo Histórico. Autores como Quintero (2008), señala que la Constitución reconoce un conjunto

de derechos que amplían la libertad personal de los ciudadanos, a su vez le otorga al Estado la rectoría de la planificación, control, ejecución y seguimiento de políticas públicas, pero en paralelo robustece la sociedad civil al crear de espacios de participación que permitan la realización de la vida colectiva de unidades asociativas en la toma de decisiones en la planificación y gestión del desarrollo.

Sin embargo, la incorporación de la sociedad civil en la gestión pública se inicia a finales del siglo XX, durante el periodo Presidencial de Durán Ballén con la modernización del Estado lo cual facilito las condiciones para la privatización y la concesión al sector privado de áreas estratégicas. Ahora bien, durante este hito histórico no exitoso el proceso de privatizaciones, en cambio mediante la figura jurídica de concesiones se desarrolló proyectos de envergadura a nivel nacional.

En materia de participación de la sociedad civil en la gestión de políticas públicas, este nuevo texto constitucional facilitó la promulgación de leyes como Ley Orgánica de Incentivos para asociaciones público privadas en el año 2015, cuyo propósito primordial es propiciar el desarrollo de proyectos bajo la figura jurídica de alianzas públicos privadas como mecanismos para promover la inversión nacional y extranjera en áreas estratégicas e incorporar en forma activa a la sociedad civil en la gestión gubernamental.

En relación al rol que desempeñan las alianzas público privadas en la inversión Akitoby, Hemming y Schwartz (2007), sostienen son una ventaja para mitigar las restricciones fiscales que limitan la inversión especialmente en infraestructura a la vez, para eludir los controles al gasto y trasladar la inversión pública fuera del presupuesto y la deuda fuera del balance del gobierno por lo que, es importante contar con un marco jurídico sólido que contemple todos los aspectos del proceso de las alianzas público.

En este orden de ideas, esta investigación tiene como objetivo general analizar si son las alianzas público privadas un modelo de gestión de proyectos de obras y servicios públicos inclusivo y sostenible. En función de alcanzar el objetivo general se establecieron como objetivos específicos analizar la naturaleza del régimen jurídico aplicable a las alianzas público privadas en el ecuador, estudiar el marco legal regulatorio de las alianzas público privadas en ecuador, determinar si las alianzas público privadas constituyen un modelo de gestión de proyectos de obras y servicios públicos inclusivo y sostenible.

La presente investigación se desarrolla bajo el enfoque cuantitativo, constituye una revisión documental de las leyes que regulan las alianzas público privadas en el Ecuador. En razón de ello, se constituye una investigación de diseño documental; es aquella que se realiza a través de la consulta de documentos. Como técnicas e instrumentos de recolección de datos se empleó la observación y el fichaje.

Marco teórico

Los sistemas democráticos no sólo permiten mediante el tradicional sufragio la elección de los representantes, sino también la participación activa de la sociedad civil en la gestión de los asuntos públicos. El gobierno democrático proporciona una oportunidad máxima para ejercitar la responsabilidad de los ciudadanos en el desarrollo de las políticas públicas. Un rasgo característico de los gobiernos democráticos es la capacidad de incorporar las iniciativas de los ciudadanos, es decir, satisfacer las exigencias de los ciudadanos ha sido una preocupación constante del Estado; por ello, busca constantemente adecuar sus estructuras a través de nuevas prácticas de gestión mediante la incorporación de mecanismos para el empleo eficiente de los ingresos para garantizar el bienestar común y brindar el mínimo común vital a la población.

Un ejemplo de ello, lo constituye las alianzas público privadas aún y cuando los historiados no precisan con exactitud los antecedentes de las alianzas público privadas, Sin embargo, la cooperación entre el Gobierno y los comerciantes o la empresa privada ha existido desde hace mucho tiempo. (Valera, 2014). A finales del siglo XX como resultado de la ampliación de los derechos humanos entre ellos, la participación de la sociedad civil, se crearon mecanismos en América Latina que contemplan el establecimiento de alianzas entre organizaciones no gubernamentales y el Estado. Dada la importancia de incorporar los objetivos de los diferentes actores sociales a los de las políticas de desarrollo. En torno a, la asociación público privada no existe un enfoque único que conciba y plantee con claridad cuáles son los principales aportes al desarrollo nacional de cualquier nación.

Para los organismos multilaterales como el Banco Mundial de acuerdo con el planteamiento de Hall (2015) citado por Cruz (2016), en esta forma de contratación la “empresa privada se comprometía a invertir capital y, a cambio, el Estado garantizaba a la empresa la concesión en el suministro de ese servicio en la zona; así, la empresa obtiene el

retorno de capital cobrando a los usuarios”. (p. 3). Estas formas de contratación de derecho administrativo requieren de un conjunto de normas formalmente establecidas que garanticen a la sociedad civil igualdad de oportunidades frente al *ius imperio* del Estado; es decir, el poder del Estado.

Desde el punto de vista, de las organizaciones internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos según plantea Cruz (2016), es un acuerdo entre el Estado y el sector privado para la prestación de un servicio, donde tanto los objetivos de obtención de rentabilidad del socio privado como los objetivo de utilidad pública del Estado se encuentran alineados, la efectividad de la contraprestación depende de una adecuada transferencia de riesgos del sector privado.

Para el Libro Verde de la Comisión Europea (2004) citado por Casado (2007), las alianzas son un “contrato entre un inversor privado y un Gobierno para proveer un servicio concreto, (...) no se deberían limitar a gestionar tan sólo cierto tipo de servicios, sino también a compartir los riesgos existentes y a aportar fondos adicionales”. (p. 15). De acuerdo con este conjunto de definiciones, las alianzas público privadas constituyen un contrato de concesión entre dos sectores claramente definidos y delimitados el sector público y el privado.

Al respecto Sarmiento (2010), el libro verde destaca como aspecto fundamental que a este tipo de acciones en las cuales se le asigna responsabilidad al sector privado no debe considerarse una obligación normativa impuesta por un conjunto de leyes sino también una acción voluntaria que va más allá de lo impositivo en un ordenamiento jurídico. Ahora bien, las alianzas público privadas incorporan un conjunto de elementos que no solo contemplan la contraprestación de un servicio y la generación de utilidades, el ámbito de actuación de las alianzas público privadas puede abarcar desde infraestructura, transporte, servicios de agua potable y saneamiento, educación y salud. Autores como Mataix et al. (2008), establecieron como criterios para la clasificación de las alianzas público privadas la naturaleza de los actores que configuran la alianza, los objetivos y motivaciones de cada uno de dichos actores, el sector de actividad, el ámbito geográfico de la alianza, la estructura y el diseño formal que adopte la alianza, los beneficios, y por último la envergadura de la alianza.

Casado plantea que, la CEPAL señala que las alianzas público privadas pueden estar orientadas a la gestión de políticas para el desarrollo que adicionalmente a los sectores tradicionales del Estado, empresa privada también incorpora a miembros de la academia, de los sindicatos y de las organizaciones civiles, lo cual es de significativa importancia para el desarrollo económico y social de estos países, “la diferencia entre una alianza para el desarrollo y otro tipo de APP es el objetivo” (Casado, 2007, p. 21).

En las alianzas para el desarrollo, el fin último es mejorar las condiciones de vida de la población en este contexto señala Casado (2017), surge el tercer sector formado por organizaciones de la sociedad civil como Organizaciones No Gubernamentales (ONG), asociaciones civiles, universidades, sindicatos, grupos ecologistas o plataformas de jóvenes, entre muchas otras. “Una Asociación Público Privada es a relación entre una entidad pública y una compañía privada, que se materializa a través de un contrato con el fin de proveer un bien o servicio en un tiempo establecido” (García et al., 2017, p. 22).

Para las alianzas tradicionales el acuerdo entre una empresa y el Estado es con el fin de lucro propio del sector privado a diferencia del civil “la APP adopta diferentes nombres, tipos y modalidades, pero en general es una alternativa para la provisión (diseño, construcción, operación y mantenimiento) y el financiamiento de infraestructuras públicas”. (Baldeón, 2016, p. 23). Para Tamargo (2002), uno de los aspectos más novedoso de estas nuevas estrategias de intervención, “es la incorporación del sector empresarial en las iniciativas de desarrollo social, y la reconfiguración del rol del Estado en la toma de decisiones que supone un ejercicio de negociación para fortalecer la relación entre actores y conciliar intereses”. (p. 23).

Ahora bien, es oportuno precisar las diferencias conceptuales y materiales entre privatización, concesión y alianzas público privadas. Al respecto Blasco (2009) sostiene que, las fórmulas “concesionales son características del derecho anglosajón en sus diversas variantes, al trasladarlas al sistema continental presentan limitaciones derivadas, por ejemplo, de la concepción de dominio público” (p. 12). Por su parte, Woodhouse (2010), plantea que en las alianzas público privadas el activo y la responsabilidad en la rendición de cuentas recaen sobre el sector público, mientras que la privatización el activo es del sector privado “cuando las APP se encuentran debidamente diseñadas y correctamente ejecutadas, permiten hacer uso más eficiente del gasto público y canalizar los recursos disponibles hacia donde más beneficios repercutan a la sociedad”. (Woodhouse, 2010, p. 4).

Es por ello, la importancia del establecimiento de acuerdos claros entre ambos sectores con frecuencia “la negociación entre actores políticos y sociales en redes de políticas mixtas o y la delegación de funciones reguladoras a organizaciones privadas, es concebida como una pérdida de la capacidad dirigir sinónimo de debilitamiento del Estado” (Mayntz, 2001, p.1).

López y Montesinos (2006) plantean que, la diferencia fundamental entre la privatización y una contratación tradicional de concesión es que los rendimientos del sector privado están unidos a los resultados de los servicios y al rendimiento de los activos. En el modelo de alianzas público privadas la duración es relativamente larga de la relación entre ambos socios que participan en la ejecución del proyecto. El financiamiento es una combinación de ambos sectores, existe un reparto de los riesgos y responsabilidades entre ambos socios.

Indistintamente del enfoque conceptual a la luz, del cual se analice a las alianzas públicas privadas, estas formas de contratación están orientadas fundamentalmente a la participación de un sector no tradicional como es el sector privado en asuntos de interés públicos, las asociaciones público privadas representan la incorporación de la sociedad civil en el desarrollo de proyectos de interés colectivo y la reconfiguración del Estado en el desarrollo de políticas públicas, por ende gira en torno a dos acciones fundamentales la contraprestación de un servicio y la generación de utilidades. En un contexto de crisis económica global y de escasez de recursos públicos, el sector privado aparece como un sector clave, con los recursos y las capacidades necesarias, para convertirse en el aliado esencial de la política de cooperación”. (Gordillo, 2013, p. 28). Sin embargo, las alianzas público privadas se han desarrollado a nivel mundial mediante diferentes instrumentos de gestión contractual que requieren de un ordenamiento jurídico con normas claramente definidas.

Análisis

La naturaleza del régimen jurídico aplicable a las alianzas pública privadas en el Ecuador

En torno a, la concepción de las alianzas público privadas no existe a nivel mundial una definición única, el desarrollo de este tipo de convenios depende de la realidad nacional de y del ordenamiento jurídico de cada país. Las alianzas público privadas son propuestas de

origen anglosajón diseñadas bajo el sistema jurídico *common law*, que implica una lógica jurídica y régimen legal diferente al continental característico del Ecuador

Es por ello que, para poder establecer cuál es la verdadera naturaleza jurídica de las alianzas público privadas, es preciso tener claridad conceptual que es una rama autónoma del derecho y, además se trata de una rama atípica del mismo, ya que se enmarca tanto en el ámbito del derecho público como del privado. Las alianzas público privadas son un contrato que transita entre la privatización y la concesión tradicional y al igual que, el resto de los contratos genera obligaciones, con la característica peculiar que el elemento subjetivo activo de la relación jurídica es el Estado quien es el acreedor o sujeto activo por ende, el régimen jurídico aplicable es el derecho público y no el privado, aun y cuando el elemento pasivo o deudor sea la empresa privada contratante.

No obstante, el elemento objetivo de la obligación es la prestación de un servicio o construcción de un proyecto de infraestructura por lo que, las responsabilidades generadas por el incumplimiento de los acuerdos no se regulan por lo establecido en las normas de derecho privado como el Código Civil, sino por un conjunto de normas de derecho administrativo. Al respecto, Baldeón (2016) plantea que, el contrato de alianzas público privadas “es a largo plazo por servicios públicos donde no se paga por la obra en sí, sino por la disponibilidad o uso donde el ente público transfiera al ente privado los riesgos inherentes al proceso de construcción y provisión” (p. 106).

En este orden de ideas, Coviello (2011) citado por Quintana (2015) plantea que, la naturaleza jurídica del contrato administrativo, es distinta a lo común en cualquier contrato por las prerrogativas concedidas a la Administración Pública, aun y cuando constituya un acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, pues en el contrato administrativo prevalece el *iusimperio* o el poder del Estado. Las formulas tradicionales de transferencia del rol prestacional del Estado han resultado manifiestamente incompetentes o insuficientes para cumplir con los compromisos. “El modelo APP que el BM y el BID recomiendan implementar directrices puntuales en el marco legal” (Cruz, 2016, p. 20). No obstante, es difícil formular generalizaciones acerca de las potenciales implicaciones de la hibridación público-privada en la gestión de los servicios públicos, porque la forma que finalmente adopten estos acuerdos de alianzas público privadas depende de un amplio número de variables.

En los contratos de las alianzas públicas privados uno de los conceptos jurídicos más importantes para determinar la naturaleza es el de servicio público, ya que el propósito fundamental de todo proyecto bajo esta figura jurídica de derecho administrativo es la prestación de un servicio público.

Este concepto es originario de Francia, surge como una respuesta del Estado ante determinadas circunstancias de la vida cotidiana reservados en forma exclusiva a la administración pública, por ende, es restrictivo del quehacer del sector privado, en virtud de la importancia que representa la actividad para la garantía de los derechos humanos y en razón de ello, es de interés común para la población, por lo cual no puede dejarse a las reglas del mercado. Para Alborta, Stevenson y Triana, (2006), “el rango de aplicación de las APP abarca desde infraestructura energética y de transporte y provisión de servicios de agua potable y saneamiento hasta esquemas de irrigación y servicios de educación y salud, entre otros” (p. 12).

En la actualidad, la noción de servicio público es una figura que regula el derecho administrativo. Sin embargo, en virtud que es de interés general el Estado contempla en el ordenamiento jurídico vigente condiciones que permiten la participación del sector privado mediante figuras jurídicas como las asociaciones públicas privadas.

Es oportuno señalar, que aún y cuando prevalece el derecho administrativo en el alcance, contenido y características de la naturaleza jurídica de las asociaciones públicas privadas, esta forma contractual es indeterminada, no restringe una tipología contractual específica, por el contrario, responde al cumplimiento de acuerdos específicos para cada caso entre las partes.

Las alianzas público privadas se rigen por el principio de legalidad ya que todas las actuaciones del Estado se rigen por este principio; por ende los acuerdos establecidos en los contratos debe estar apegados a la Constitución y las leyes;

sin embargo, el ordenamiento jurídico no define en forma taxativa todos los términos que se acordaran como cláusulas contractuales, lo cual no limita a los contratos de alianzas público privadas incorporar prácticas del derecho privado apegadas al principio de la legalidad, como el arbitraje en aquellos casos donde se diriman conflictos entre las partes, lo cual constituye una garantía para restringir la discrecionalidad del Estado; a la vez, estimular

la incorporación de capital privados en actividades de interés general como la construcción de obras de infraestructura como carreteras o en la prestación de servicios públicos.

En las alianzas público privadas una de las partes es el Estado, por ende, su naturaleza jurídica es de derecho administrativo que se ubica en la esfera del derecho público y apegados al principio de legalidad, es decir, se enmarcan en los límites de lo establecido en el ordenamiento jurídico por la Constitución y las leyes. Ahora bien, no deja de tener menos importancia el fortalecimiento del marco jurídico regulatorio que garantice la transparencia y responsabilidad.

Marco legal regulatorio de las alianzas público privadas en Ecuador

Tener un marco legal regulatorio de las alianzas público privadas “envía una señal del compromiso que tiene el Gobierno, generando confianza en los posibles inversionistas”. (Bartelotty, 2017, p. 58). Sin embargo, Huapaya (2013) sostiene que, los Estados “no han podido renunciar a asumir los compromisos prestacionales frente a la población, propios de los Estados sociales de Derecho”. (p.5).

Como su nombre lo indica las alianzas público privadas son una asociación entre el gobierno y el sector privado, es decir, es la agrupación de recursos tanto del sector oficial como de la sociedad civil con el propósito del desarrollo de proyectos de obras y servicios públicos. Sin embargo, esta forma de derecho administrativo no constituye un mecanismo de privatización ni una concesión exclusivamente. Por ende, el marco regulatorio de las alianzas público privadas es un tema debatido.

Constituye el conjunto de normas y mecanismos que delimitan el desarrollo de los acuerdos establecidos entre el sector público y privado enmarcadas en el principio de legalidad. Al respecto Huapaya (2013) señala que, el marco legal es un vehículo de procedimientos, metodologías, y establecimiento de pautas orientativas para el desarrollo de una alianza público privada. Pero no agota el fenómeno ni su regulación, es un marco normativo principal, que fija grandes pautas para su realización.

Con respecto al rol de rectoría del Estado en la gestión, el artículo 313 de la Constitución le otorga el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos. Por otra parte, el artículo 314 señala que, es responsabilidad del Estado la provisión de los servicios públicos de agua potable y riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y los demás que determine la ley.

No obstante, si es analizado desde de la concepción de la alianza público privada en sentido estricto como la relación contractual entre ambos sectores que implican el establecimiento de responsabilidades, de riesgos y en especial el manejo de recursos públicos, este tipo de acuerdos debe estar sometido al ordenamiento jurídico vigente del Ecuador. La puesta en marcha de un proyecto bajo la modalidad de alianza público privada implica un manejo muy cuidadoso de la sostenibilidad económica y de los impactos fiscales de largo plazo, dado que la mayoría de los contratos abarca en promedio de 15 a 20 años.

Es por ello que, adicionalmente a este marco constitucional, el legislador formuló un conjunto de normas que regula esta forma de gestión contractual, que facilitó la consolidación del principio de eficiencia administrativa, frente a las tradicionales formas de contratación pública. En la actualidad existe una normativa vigente, extensa y suficiente, sobre esta materia; por lo que se destaca: el Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada –Decreto Ejecutivo 582-, , el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera APP, todas regulan distintos aspectos e incentivos para la alianza público privada .

La Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera –APP, fue publicada en el Registro Oficial 652 del 15 de noviembre de 2015, y es una manifestación de la apertura por parte del Estado para incorporar los recursos del sector privado en la gestión de los asuntos públicos, esta norma representa una evolución al tratamiento legislativo de la alianza público privada en la legislación ecuatoriana, tiene como objeto establecer incentivos para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada y los lineamientos e institucionalidad para su aplicación. Asimismo, esta Ley establece incentivos específicos para promover en general el financiamiento productivo, la inversión nacional y la inversión extranjera.

El Decreto Ejecutivo 582 define claramente el origen de la iniciativa la cual puede provenir tanto del sector público como del privado, el ámbito, los sectores estratégicos, servicios públicos o cualquier otro servicio. Igualmente, este Decreto establece que el sector privado no tiene derecho a exigir al promotor público ninguna prestación económica, indemnización o retribución; así como regula el procedimiento en las diferentes fases del proyecto.

En el año 2014 el estado ecuatoriano reformuló , en aquel entonces vigente, la Ley de Modernización del Estado bajo las premisas que no ha sido posible la solución a la crisis desde la década de los noventa, la necesidad de financiar a la empresa privada y por ende tomar la explotación de dichas actividades, la incapacidad de encontrar un modelo económico que garantice el desarrollo económico del país, la necesidad de un proceso de privatización y concesión de servicios, con la finalidad de atenuar las cargas económicas que soporta el Presupuesto General del Estado y con el propósito de contar con recursos financieros.

Este proceso de reforma a la norma plantea dos procesos no incorporados en la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera –APP, la privatización y concesión; sin embargo, señala la necesidad de incorporar mecanismos alternativos a los ingresos públicos para la recaudación de ingresos. Este marco extenso normativo permite al Estado, por una parte, la incorporación activa de la sociedad civil en la gestión de asuntos de interés colectivo como el desarrollo de proyectos de obras y servicios públicos. Igualmente, genera las condiciones necesarias para atraer la inversión nacional y extranjera privada necesaria para la implementación de proyectos prioritarios y estratégicos al brindar seguridad jurídica al sector privado, lo que constituye de acuerdo con Montalvo (2017) una de las preocupaciones de los inversionistas extranjeros, dado los continuos e impredecibles cambios en las regulaciones. Sin embargo, en materia tributaria la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera –APP, le asigna de forma discrecional a la potestad del Presidente de la República de simplificar los procesos y procedimientos en el ámbito de la Función Ejecutiva, mediante decreto ejecutivo.

Las alianzas público privadas como un modelo de gestión de proyectos de obras y servicios públicos inclusivo y sostenible

Los inicios de las alianzas público privadas en América Latina se remontan al proceso neoliberal de privatización de gran parte de sector público, estrategia para transformación del aparato del Estado. En este escenario, de reformas los organismos multilaterales como el FMI, BID y el BM plantearon la incorporación de las alianzas público privadas para el abastecimiento de un servicio o de la infraestructura pública. Al respecto, Verge y Moschetti (2010), señalan que este tipo de figura jurídica “es altamente funcional en términos de adopción de políticas, y explica en gran medida el elevado grado de difusión de esta idea política en sectores políticos y territorios diferentes” (p. 2).

En la actualidad, las alianzas público privadas constituyen un mecanismo para la incorporación de la sociedad civil en la gestión pública; al igual que, una estrategia para el aprovisionamiento de recursos por parte de Estado como mecanismo para superar el déficit fiscal necesarios para el desarrollo de proyectos de obras y servicios públicos, representan una forma alternativa de inversión, ya que, no considerada deuda pública. Para Pliscoff y Araya (2012), es el rol eficientista del Estado, al reconocer la situación de déficit, busca nuevas formas de financiamiento para la inversión pública, para los privados ven en esta oportunidad un ámbito de negocio nuevo para ellos”. (p. 12).

El contexto de la región latinoamericana y en especial el Ecuador, experimentan una fuerte recesión económica producto de la caída de los precios del petróleo principal fuente de aprovisionamiento de recursos. Al igual que, la crisis del sistema financiero mundial y el fenómeno de la globalización, “ha puesto en discusión el replanteamiento de los mecanismos empleados por el Estado para el sostenimiento del gasto público necesario para el desarrollo de políticas públicas y en especial, las obras de infraestructura”. (Bonano, 2015, p. 60).

El desempeño económico del Ecuador durante el periodo 2008 – 2016, de acuerdo con datos de la CEPAL (2018), se evidencia una tendencia a la reducción de los indicadores macroeconómicos como el porcentaje de deuda externa que de 27,4% se incrementó en 34,9%, el porcentaje de PIB tendió a la disminución. Durante este periodo la economía ecuatoriana experimentó el menor crecimiento dentro de lo que va del siglo XXI, este descendió de 6,4% a 5,34% a finales de 2016. Ante esta realidad, es innegable la necesidad de obtención de ingresos públicos para afrontar las inversiones y el posterior mantenimiento que requiere la realización de obras en especial de infraestructura.

En este contexto de déficit presupuestario, es puesto en tela de juicio la rentabilidad de las inversiones del sector público frente a la relación costo-beneficio, “las empresas públicas incurren en pérdidas o acumulan un nivel excesivo de deuda con frecuencia son rescatadas por el Estado, para salvaguardar la capacidad que tienen las empresas públicas administradas con criterio comercial para invertir en proyectos económicamente sólidos”. (Akitoby, Hemming y Schwartz, 2007, p. 15).

Sin embargo, se plantea la inquietud si las alianzas público privadas representan un modelo de gestión de proyectos de obras y servicios públicos inclusivo y sostenible. En este tipo de acuerdos, los recursos, responsabilidades y riesgos quedan repartidos entre sector público y privado, por lo cual trae como ventajas la “externalización de parte del riesgo soportado por el sector público y la cantidad de recursos requeridos por la actividad; para sector privado, además de los beneficios en cuanto a rentabilidad y el cumplimiento de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC)”. (Bratos, 2011, p. 30).

Por el contrario, los acuerdos de alianzas público privadas entre el sector privado y el Estado acarrear consecuencias para el presupuesto público de cualquier nación, especialmente en aquellas economías con poca diversificación de las exportaciones y alto índice inflacionario como Ecuador. Akitoby, Hemming y Schwartz (2007) señalan que, una alianza con acuerdos no claramente definidos expone al Estado a soportar riesgos mayores que esta figura jurídica entraña; ya que la relación contractual es a largo plazo. Hay un conjunto de riesgos que el Estado podría influir pero que puede o no tener que soportar, como los de demanda, de tipo de cambio y de valor residual.

Igualmente, plantean Akitoby, Hemming y Schwartz (2007) es imprescindible el establecimiento de cláusulas que garanticen la transparencia fiscal, específicamente las estimaciones de costos fiables y razonables para evitar exponer al Estado a costos ocultos y a menudo más altos que los del financiamiento público tradicional, por lo cual es imprescindible la asignación presupuestaria para impedir que las alianzas público privadas sean utilizadas para eludir los controles al gasto con el propósito para trasladar la inversión pública fuera del presupuesto y la deuda fuera del balance del gobierno.

Para Esteban (2006), “estos proyectos a largo plazo y parte importante del coste, es compensada mediante pagos periódicos del sector público al privado, no existe realmente inversión adicional, sino una decisión de Estado para incrementar los niveles de inversión”

(p. 43). En otros casos, “la naturaleza del contexto político puede conducir a que la alianza se considere solo un entendimiento público en torno a la estrategia de desarrollo, o la aceptación pacífica de la misma”. (Devlin. y Moguillansky, 2009 p. 23)

Conclusiones

Este estudio se basó en el análisis tanto a la naturaleza jurídica como al marco legal regulatorio de las alianzas público privadas en Ecuador; al igual que, determinar si las alianzas público privadas constituyen un modelo de gestión de proyectos de obras y servicios públicos inclusivo y sostenible.

Las alianzas público privadas constituyen una forma de relación jurídica *suigeneris* donde el sujeto activo de la obligación es el Estado y el sujeto pasivo el sector privado; sin embargo, el objeto de la obligación jurídica afecta a terceros al tratarse de la prestación de un servicio público o la realización de una obra de infraestructura de interés colectivo; por ende este tipo de asociación está sometido al principio de legalidad y enmarcados en lo establecido en el ordenamiento jurídico plasmado tanto en la Constitución como en las leyes. Por consiguiente, la naturaleza jurídica de las alianzas público privadas en el Ecuador es de derecho administrativo rama del derecho que se ubica en la esfera del derecho público.

El marco legal que regula las alianzas público privadas le otorga rango constitucional a este tipo de figura, la Constitución del año 2008 al definir en el artículo 283 que el sistema económico como social y solidario; así mismo, contempla la integración de formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios. Ahora bien, aún y cuando no excluye a la sociedad civil de los asuntos de interés colectivo especialmente, en la prestación de servicios públicos, le otorga al Estado la rectoría en la gestión al asignarle en el artículo 313 la facultad de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos.

Existe un extenso marco normativo que brinda seguridad jurídica al sector privado y permite al Estado Ecuatoriano, por una parte, la incorporación activa de la sociedad civil en la gestión de asuntos de interés colectivo; a la vez que, generar condiciones propicias para atraer la inversión nacional y extranjera privada necesaria para la implementación de proyectos prioritarios y estratégicos. Sin embargo, en materia tributaria específicamente la

Ley de Incentivos a la Alianza Público Privada impide el arbitraje internacional, norma que incumple con el principio de legalidad consagrado constitucionalmente, al asignarle de forma discrecional a la potestad del Presidente de la República simplificar los procesos y procedimientos en el ámbito de la función ejecutiva, mediante decreto ejecutivo.

Las alianzas público privadas un modelo de gestión de proyectos de obras y servicios públicos inclusivo y sostenible. Por una parte, son inclusivos porque permiten la incorporación de un sector de la sociedad civil como es el privado, lo cual trae como ventajas, que tanto los recursos necesarios para ejecutar la obra como los riesgos que acarrea todo proyecto de infraestructura es soportado entre ambas partes.

Sin embargo, la sostenibilidad de los proyectos desarrollados por las alianzas públicas privadas está asociada directamente a la rentabilidad y eficiencia, al igual que, a las estrategias empleadas por el Estado para el garantizar el gasto público especialmente el destinado al desarrollo de las obras de infraestructura. En virtud que, la principal debilidad de las alianzas público privadas tienen impacto en el presupuesto público, lo cual expone al Estado asumir proyectos de largo plazo en una economía caracterizada por un alto índice inflacionario.

Referencias bibliográficas

Akitoby, B.; Hemming; R. y Schwartz, G. (2007), Inversión pública y asociaciones público-privadas. Temas de Economía 40. Recuperado de: <http://www.imf.org/pubs>

Alborta, G., Stevenson, C. Triana, T. (2006). Asociaciones público privadas para la prestación de servicios Una visión hacia el futuro. Documento de Debate N° IDB-DP-195. Recuperado de: <http://www.iadb.org>

Baldeón B, I. (2016). Las asociaciones público privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano. Foro Revista de Derecho, No. 25, UASB-Ecuador / CEN Quito, Ecuador. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5760>

Bartelotty T, A (2017). Las Asociaciones Público - Privadas (APP) como medio alternativo a la ejecución de proyectos de infraestructura públicos; una aplicación

metodológica para la construcción de una carretera en el Ecuador para el período 2015-2044. (Tesis de Pregrado). Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador.

Bértola, L. y Ocampo, J. (2016). Una Historia Económica De América Latina Desde La Independencia Desarrollo, Vaivenes y Desigualdad. Recuperado de: <https://eva.fcs.edu.uy/pluginfile.php/69180/course/section/7665/B%C3%A9rtola%20y%20Ocampo.pdf>

Blasco D, C. (2009). Cuestiones esenciales del Análisis Jurídico Financiero de las fórmulas de colaboración público-privada en la financiación de obras y servicios públicos en España. Revista Pecunia, 8 pp. 17-70. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3180968.pdf>

Bonano R, V. (2017). La colaboración público-privada para la provisión de autopistas, carreteras y puentes. (Tesis Doctoral) Universidad Complutense de Madrid. Recuperado: <http://eprints.ucm.es/40889/1/T38287.pdf>

Bratos M, M. (2011). La colaboración público-privada para la revitalización socioeconómica de las ciudades: ¿un modelo de futuro? Revista Enfoques XIII, 2 (21-39). Recuperado de: <http://www.revistaenfoques.cl/index.php/revista-uno>

Casado C, F. (2007). Alianzas público-privadas Alianzas público para el desarrollo. Recuperado de: dirección: <http://www.fundacioncarolina.es>

CEPAL (2018). Bases de Datos y Publicaciones Estadísticas. Recuperado de: <http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Portada.html>

Cruz, D. (2016). Asociaciones Público-Privadas Desde La Banca Multilateral Implementación En América Latina. Recuperado de: <http://www.ambienteysociedad.org.co>

Del Búfalo, E. (2002). Las Reformas Económicas en América Latina. Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales. vol. 8 n° 2, pp. 129- 182. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/html/177/17780206/>

Devlin, R. y Moguillansky, G. (2009). Alianzas público-privadas como estrategias nacionales de desarrollo a largo plazo. Revista CEPAL 97. Recuperado de: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/37423-revista-cepal-no97>

Engel, E., Fischer R., Galetovic, A. (2014) *Economía de las Asociaciones Público Privadas, una guía práctica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Esteban G, M. (2006). La Colaboración Público – Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional. Revista Ekonomias N° 6, 3 Universidad del País Vasco. Recuperado de: <http://www.ogasun.ejgv.euskadi.eus>

FitzGerald, V. (1994). La CEPAL y la teoría de la industrialización. Recuperado de: <https://www.cepal.org/>

García E, K., Grajales M, C., Pacheco C, A. Pérez Z. V. (2017). Las Asociaciones Público Privadas. (Tesis de Maestría). Universidad Libre, Pereira, Colombia. Recuperado de: <http://repositorio.unilibrepereira.edu.co:8080/pereira/bitstream/handle/123456789/839/LAS%20ASOCIACIONES%20PUBLICAS%20PRIVADAS.pdf?sequence=1>

Gordillo Z, M. (2013). El Gobierno español y el futuro de la cooperación internacional. Revista de Información y Debate, N° 59. Recuperado de: www.revistapueblos.org

Huapaya T. R. (2013). Diez Tesis sobre las Asociaciones Público – Privadas (APP) en nuestro régimen legal. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe>

Klikhsberg, B. (1993). *Pobreza un Tema Impostergable: Nuevas Respuestas a Nivel Mundial*. Fondo de Cultura Económica.

Longo, F. y Echebarria, K. (2010) La Nueva Gestión Pública en la Reforma del Núcleo Estratégico del Gobierno: Experiencias Latinoamericanas. Recuperado de: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/CLAD0040203.pdf>

López B, B. y Montesinos J, V. (2006). Evaluación de los sistemas alternativos público- privados para la financiación de infraestructuras. Revista Ekonomiaz N° 63, 3. Recuperado de: <http://www.ogasun.ejgv.euskadi.eus>

Mataix, C., Sánchez, E., Huerta, M. y Lumbreras, J. (2006). Cooperación para el desarrollo y alianzas público-privadas Experiencias internacionales y recomendaciones para el caso español. Documento de Trabajo N° 20. Fundación Carolina – CEALCI. Recuperado de: <https://www.fundacioncarolina.es/>

Mayntz, R. (2001). El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna. Publicado en la Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 21. Caracas. Recuperado de: <http://www.lasociadacivil.org/wp-content/uploads/2015/06/mayntz.pdf>

Montalvo L, R. (2017). El régimen de estabilidad jurídica de las inversiones en Ecuador a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera. Recuperado de: <http://revistas.usfq.edu.ec>

Pliscoff V, C y Araya O, J. (2012). Las alianzas público-privadas como gatilladoras de innovación en las organizaciones públicas: Reflexiones a partir de la situación chilena. Revista Estado, Gobierno, Gestión Pública N°19 pp. 173 / 198. Recuperado de: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/123487/las-alianzas-publico-privadas-como-gatilladoras-de-innovacion-en-las-organizaciones-publicas.pdf>

Quintana R, R. (2015). Los actos, hechos y contratos administrativos en las empresas públicas ecuatorianas, en la construcción de obra pública e infraestructura y en su giro ordinario del negocio. (Tesis de Maestría), Universidad Andina Simón Bolívar, Quito: Ecuador. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4628/1/T1685-MDE-Quintana-Los%20actos.pdf>

Quintero, L. R. (2008). La Constitución del 2008 un análisis político. Recuperado de: <http://digitalrepository.unm.edu>

Sarmiento, S. (2010). “Gestión estratégica: clave para la responsabilidad social de las empresas”. Revista Dimensión Empresarial. Vol. 8 No. 2, págs. 24-37. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3990453.pdf>

Tamargo, M. (2002). El rol de las alianzas público privadas en el contexto global – local. Revista “Medio Ambiente y Urbanización”. Buenos Aires; Argentina. Recuperado de: <http://municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/Elroll-local.pdf>

Varela, M. (2014). Las Alianzas Público Privadas Como Método De Atracción De Inversiones A Largo Plazo Al País. (Tesis de Pregrado) Universidad Rafael Landívar, La Asunción: Guatemala. Recuperado de: https://kipdf.com/universidad-rafael-landivar-facultad-de-ciencias-juridicas-y-sociales-maestria-e_5ab66faa1723dd439c96ec0a.html

Verge, A. y Moschetti, M. (2017). Las alianzas público-privadas como enfoque para las políticas educativas: múltiples significados, riesgos y problemas. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura UNESCO. Recuperado de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002473/247327S.pdf> Woodhouse, D. (2010). Marco Regulatorio para las Asociaciones Publico Privadas en Estados de la República Mexicana. Recuperado de: <https://publications.iadb.org>