

DRA. VIANNA MAINO
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

**MECANISMOS DE ASOCIACIÓN
PÚBLICO-PRIVADO**

2010

MECANISMOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADO

Derechos de Autor No: 033656: 24-jun-2010

Depósito Legal No: 00424: 24-jun-2010

Edición: Primera

Tiraje: 600 ejemplares

Impresión

Corporación de Estudios y Publicaciones

NOTA DE LA COORDINADORA

El Programa Biblioteca de Autores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil tiene como objetivo promover la investigación científica de sus docentes, y estudiantes de posgrado o de grados doctorales, y difundirla a través de la publicación de las obras, con el fin de que la comunidad comparta los razonamientos jurídicos y doctrinarios que se exponen en ella.

Nuestro programa ha publicado ya seis obras de diferentes áreas del Derecho, y en esta oportunidad la obra que tengo el gusto de presentar, corresponde a otro ámbito del Derecho; su título es “Mecanismos de Asociación Público Privado” que fue la tesis doctoral de la Doctora Vianna Maino I en el año 2005, quien fue estudiante de pregrado de la Facultad y, el Tribunal calificador respectivo recomendó su publicación. Sin embargo, con el ánimo de su actualización le recomendamos a la autora que la reestructure con las normas jurídicas constitucionales y legales vigentes actualmente, lo que fue aceptado inmediatamente por la Doctora Maino, resultando un trabajo de profunda investigación, que evidentemente se encuentra enriquecida con la experiencia laboral en el área pública que la autora ha tenido.

Según lo señala la autora, los Mecanismos de Asociación Público Privado tienen como “....objetivo esencial, incrementar la eficiencia, eficacia y calidad de los servicios públicos, así como la reducción de sus tarifas en resguardo del usuario y consumidor, de quienes es responsable...” y acota que “..Los gobiernos que impulsan estas iniciativas deben comprometer a todos los actores que se relacionan con su implementación, así como generar las condiciones para que la propuesta evolucione desde una política de Estado hacia un negocio con dos socios, cuyo objetivo además de la rentabilidad consiste en la provisión de servicios de óptima calidad a precios razonables”.

Confío que esta obra llegue a donde nuestros gobernantes para que estos mecanismos se apliquen eficientemente en el Ecuador y así todos salgamos ganando.

AB. CORINA NAVARRETE LUQUE DE REAL
Directora Programa Biblioteca de Autores
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

INDICE

1	INTRODUCCIÓN Y GENERALIDADES	1
1.1	Marco de Referencia	1
1.2	Generalidades sobre el Modelo de Gestión	3
1.2.1	Modelo de gestión tradicional	3
1.2.2	Conceptualización de la coparticipación entre el sector público y el privado	4
1.2.3	Rol tradicional del Estado	5
1.2.4	El nuevo entorno	7
1.2.5	El rol del Estado Moderno	8
1.2.6	El rol del sector privado: gestión indirecta de servicios	9
1.3	Justificación y objetivos de los modelos de coparticipación	9
2	LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO – PRIVADA EN LA LEGISLACION ECUATORIANA	12
2.1	Régimen jurídico y ámbito del derecho al que pertenecen los distintos mecanismos de coparticipación público-privada	12
2.2	Mecanismos legales de coparticipación público-privada	16
2.2.1	La empresa de economía mixta	16
2.2.2	El joint venture	16
2.2.3	La privatización de empresas y servicios públicos	17
2.2.4	Las delegaciones	23
2.3	La garantía de estabilidad de las condiciones contractuales para las inversiones nacionales y extranjeras	29
3	ÁMBITO DE APLICACIÓN	32
3.1	Mecanismos comunes de coparticipación público privada a nivel internacional	32
3.2	Sectores de Aplicación	37
3.3	Los organismos multilaterales y las asociaciones público privadas	38
3.3.1	El rol de los organismos multilaterales en los procesos de coparticipación	38

3.3.2	Los Objetivos del Milenio y las asociaciones público privadas	40
3.4	Naturaleza financiera de los mecanismos de coparticipación: “project finance	46
3.4.1	Conceptos básicos	46
3.4.2	Aplicaciones de los project finance	47
3.4.3	Elementos básicos de los project finance	49
3.4.4	Principales actores de un project finance	49
3.4.5	Opciones de financiamiento distintas a los project finance.	52
3.5	Relación riesgo-retorno, justificación del proyecto para el privado	53
3.5.1	Análisis de la financiación de un proyecto	53
3.5.2	Fuentes de Financiamiento	54
3.5.3	Relación existente entre el riesgo y el retorno de un proyecto	58
4	DISTRIBUCIÓN CONTRACTUAL DE LOS RIESGOS	61
4.1	Demanda	62
4.2	Cobro de tarifas	65
4.3	Expropiaciones	67
4.4	Medio ambiente	69
4.5	Tipo de cambio	72
4.6	Riesgo Político: ius variandi del Estado	73
4.7	Otros Riesgos	75
4.7.1	Riesgos propios de los negocios privados	75
4.7.2	Riesgo de catástrofes o force majeure	76
4.7.3	Riesgo de terminación anticipada arbitraria	77
4.7.4	Riesgo Financiero	77
4.7.5	Riesgo de inversiones no previstas	78
4.7.6	Riesgo de construcción	79
4.7.7	Riesgo de inflación	79
4.8	Riesgo de controversias	80
4.9	Seguros	80
5	SUPERVISIÓN DEL CONTRATO	81
5.1	Áreas de Supervisión: técnica, operativa, administrativa	81

5.1.1	Ámbito de aplicación de la supervisión	81
5.1.2	Aspectos a supervisar	85
5.1.3	Incentivos al buen desempeño vs. sanciones	86
5.2	Mecanismos de supervisión	87
5.3	Tipos de infracciones: sanciones	90
5.3.1	De las infracciones por parte del privado	90
5.3.2	De las infracciones por parte del Estado	93
5.3.3	De las sanciones al privado	95
5.3.4	De las sanciones al Estado	98
5.4	Intervención del contrato	99
5.5	Ejecución del contrato por acreedores	101
6	REGULACIÓN DEL CONTRATO	106
6.1	Necesidad de regulación	106
6.1.1	Estructura del proceso de regulación	106
6.1.2	Las entidades reguladoras	109
6.2	Mecanismos de regulación de la competencia: el monopolio y la exclusividad	111
6.2.1	La regulación de la competencia	111
6.2.2	La exclusividad en la prestación de servicios públicos	113
6.2.3	El monopolio en la prestación de servicios públicos	115
6.2.4	La posición dominante en la prestación de servicios públicos	116
6.3	Mecanismos de solución de controversias	118
6.4	Mecanismos de compensación	121
6.5	Fuerza mayor	126
6.6	Aspectos tributarios	128
6.7	Equilibrio económico-financiero	133
6.8	Renegociación del contrato	137
7	CONCLUSIONES	140
7.1	Recapitulación	140
7.1.1	Generalidades	140
7.1.1	La coparticipación en la legislación ecuatoriana	143

7.2	Principales aspectos relacionados con el control y supervisión	145
7.3	Recomendaciones jurídicas sobre aspectos no regulados	149
7.3.1	Responsabilidad frente a los usuarios	149
7.3.2	Adecuada distribución jurídica de riesgos	153
7.3.3	Programas sociales	158
7.3.4	Regulación de la delegación frente a terceros	159
7.3.5	Equilibrio económico-financiero	161
7.3.6	Regulación renegociaciones	162
7.4	Beneficios que la coparticipación ha generado internacionalmente	164
7.4.1	La situación vial en Chile, Colombia y Perú	164
7.4.2	Marco regulatorio para las delegaciones en Chile, Colombia y Perú	166
7.4.3	Resultados comparativos de las coparticipaciones y conclusiones	169
7.5	Beneficios que la coparticipación reportaría a la economía ecuatoriana	173
7.5.1	Necesidad de las coparticipaciones en nuestro país	173
7.5.2	Beneficios de la coparticipaciones	174
7.5.3	Recomendaciones para la implementación de coparticipaciones público privadas en el Ecuador	176

Anexo

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN Y GENERALIDADES

1.1 Marco de Referencia

La modernización del Estado en que los países Latinoamericanos están empeñados, ha llevado a formular nuevos modelos de gestión para implementar las obras y los servicios públicos, en los cuales la participación conjunta público privada apunta a mejorar las eficiencias en la provisión de los servicios hacia la ciudadanía, atraer recursos de fuentes privadas distintos a los del Estado, y, establecer estándares de gestión superiores en las áreas tradicionalmente reservadas a éste.

Los esquemas o mecanismos de coparticipación público privada en la construcción de obras y la administración de servicios públicos, esto es, en el sector de infraestructura, son variados y abarcan un amplio espectro que va desde la privatización de empresas públicas hasta la entrega en concesión de carreteras, puertos, aeropuertos, entre otros sectores del transporte, pasando evidentemente por modalidades intermedias. Internacionalmente se conoce a los mecanismos de coparticipación público privada como Private Public Partnerships o PPP.

El Estado Ecuatoriano, al igual que la mayoría de los demás países en vías de desarrollo de Latinoamérica, comenzó a finales de la década de los noventa a impulsar estas nuevas tendencias regionales. La materialización de estas decisiones en nuestro país se implementa a través de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, a la que nos referiremos a lo largo de este análisis como Ley de Modernización del Estado, la cual instauró al CONAM (Consejo Nacional de Modernización del Estado), como organismo administrativo encargado de dirigir, coordinar y supervisar los procedimientos establecidos en dicho cuerpo normativo. Mediante Decreto Ejecutivo 103, publicado en el Registro Oficial N° 26-S, del 22 de febrero de 2007, se estableció que todas las atribuciones del CONAM, serán ejercidas por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES).

Con este marco de referencia, se persigue plantear a través de este estudio un modelo de gestión pública que pueda servir como herramienta idónea para la realización de obras, la prestación de servicios y la explotación de actividades productivas, todas ellas de naturaleza o con finalidad pública. De la misma manera, se buscará presentar un nuevo modelo de participación del Estado en el sector de infraestructura, basado en las tendencias actuales de las sociedades, así como establecer el rol del sector privado en este contexto, y el impacto que se busca lograr

en términos de calidad de vida de los ciudadanos y la competitividad del país frente a los otros.

La principal orientación de este documento se dirigirá a los servicios públicos, cuya historia comienza hacia fines del siglo XVIII y principios del XIX cuando el Estado toma a su cargo las actividades privadas de interés general que hasta entonces eran realizadas por la Iglesia Católica y las sociedades de beneficencia.

Puede plantearse como noción de servicio público la que consta a continuación: *“El servicio público consiste en toda actividad directa o indirecta de la Administración Pública, regulada por la ley, cuyo objetivo esencial es la satisfacción continua de las necesidades en favor de la colectividad”*.¹

Otra definición de servicio público constituye: *“La ejecución regular, continua, directa e inmediata, por una organización pública o por delegación, de un conjunto de actividades técnicas de prestación material, esenciales para la vida social, asumidas por el Estado mediante una declaración formal de titularidad, bajo un régimen de Derecho Público.”*²

En cuanto a las características del servicio público, se pueden establecer las siguientes:

- *Exclusividad regalística por parte del Estado*: que significa que la titularidad sobre la función o actividad de la cual se trate se mantiene en el poder del Estado.
- *Igualdad*: El goce de los servicios públicos no admite prerrogativas especiales para ningún nacional ni extranjero. Todos los usuarios acuden al servicio en las mismas condiciones.
- *Regularidad*: La operación de los servicios se encuentra previamente normada por el Derecho Positivo. Si se tratase de una facultad discrecional de algún funcionario, entonces sí podrían darse condiciones de desigualdad entre los usuarios.
- *Actividad indispensable para la vida social*: No se trata de actividades necesarias a la existencia misma del Estado como sociedad política, tales como las de soberanía, ni de necesidades privadas como la alimentación o el vestido; se trata de tareas de carácter general que encuentran su razón de ser en la vida colectiva (por ejemplo transporte y comunicaciones). Es im-

¹ Nicolás Granja Galindo, “Fundamentos del Derecho Administrativo”, Universidad Central del Ecuador. Editorial Universitaria. 1984. Quito-Ecuador, pg. 110.

² Daniel Edgardo Maljar, “Intervención del Estado en la Prestación de Servicios Públicos”, Editorial Hamurabi, 1998. Buenos Aires-Argentina, pg. 319.

portante considerar que lo que hoy la sociedad siente como actividad indispensable, puede variar con el tiempo, ya que se trata de cuestiones de naturaleza mutable hondamente vinculadas a las necesidades vigentes de cada civilización.

- *Se regula por el Derecho Público:* Ello permite la aplicación de las potestades públicas que permiten garantizar la satisfacción plena del interés común o general, tales como la expropiación, servidumbres y sanciones administrativas.
- *Continuidad:* La continuidad evidencia equilibrio, estabilidad, no interrupción en su accionar. Esto no significa que su operación no se pueda someter a horarios o requisitos preestablecidos. Dado su carácter de eminentemente continuo, la brusca interrupción de la operación de servicios públicos constituye un verdadero atentado a su propia naturaleza.

1.2 Generalidades sobre el Modelo de Gestión

1.2.1 Modelo de gestión tradicional

La infraestructura corresponde a las grandes obras físicas de ingeniería que prestan servicios básicos a la comunidad o servicios públicos y que a su vez que soportan un sistema fundamental del país; la cual se encuentra afecta a dos grandes grupos:

- De *servicios públicos* propiamente dichos, tales como agua potable, energía eléctrica, telecomunicaciones, transporte, salud y educación; y,
- De *obras públicas*, que se refieren a las grandes edificaciones tales como carreteras, autopistas, vialidad urbana, escuelas, hospitales, cárceles, vías férreas, puertos, aeropuertos, puentes, y cualquier otra instalación asignada al uso público con importancia crítica para la colectividad. Generalmente las obras públicas van ligadas a la posterior prestación de servicios públicos.

El modelo de gestión tradicional del Estado - y para efectos del análisis que se desarrolla a lo largo de este estudio, entenderemos por tal no sólo al gobierno central sino también a las entidades públicas seccionales, locales, y a las entidades autónomas - consiste en la participación directa del mismo en la generación de las obras y en la prestación de servicios públicos, en definitiva, una injerencia de primera mano en los procesos productivos que atañen a la colectividad en general y que resultan fundamentales, bien fuere para la supervivencia de la ciudadanía, como para la economía y el comercio exterior del país.

Debe entenderse que la prestación de estos servicios y la generación de las respectivas obras, se refiere tanto a empresas de naturaleza nacional como a entidades seccionales o regionales creadas especialmente para dichos efectos, siempre que las mismas sean administradas por el sector público.

El modelo de Estado-gestor, de mucha validez hace cuatro décadas, ha demostrado actualmente que ya no es capaz de garantizar los múltiples objetivos para los cuales fue diseñado, tales como mejor distribución de ingresos, protección de las plazas laborales, estabilidad macroeconómica, calidad de servicios, entre otras. La búsqueda de estos objetivos vía la gestión directa del Estado ha generado para Latinoamérica y para el Ecuador un costo muy alto, ya que los recursos han sido colocados y utilizados de manera ineficiente, lo cual ha llevado al deterioro de las finanzas y al sacrificio de la eficacia de las empresas de servicios públicos, así como del aparato estatal responsable de la dotación de infraestructura.

1.2.2 Conceptualización de la coparticipación entre el sector público y el privado

Tradicionalmente se distinguen dos procedimientos para la provisión de obras y servicios públicos³:

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

La gestión indirecta ha sido uno de las figuras clave de la administración de servicios y posteriormente de obras, porque partiendo del prejuicio liberal en boga contra la capacidad mercantil e industrial del Estado, dicha gestión indirecta viene a resolver el problema de la prestación de servicios públicos cuya explotación requiere una técnica empresarial, interponiendo para ello a la empresa privada. La gestión indirecta jurídicamente se desdoblaría de la siguiente manera:

- La titularidad del servicio que es retenida en todo caso por el Estado; y,

³ Dolores M. Ruffin Lizana, "Manual de Concesiones de Obras Públicas", Fondo de Cultura Económica, Coordinación General de Concesiones de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas, Primera Edición, Santiago-Chile, 1999, pg 11.

- La gestión del servicio de naturaleza predominantemente económica, la cual se entrega a un concesionario privado que es, por tanto, quien asume los riesgos económicos de la explotación, resarcándose con las tarifas que se le autoriza a percibir de los usuarios.

Como parte de una nueva estrategia de desarrollo en los países latinoamericanos, y a nivel de políticas gubernamentales que cuentan con el respaldo de organismos multilaterales, se persigue la redefinición del rol del Estado en la economía, sustituyendo la participación directa del gobierno en los procesos productivos, por la acción del mismo en las actividades relacionadas con la exportación, la promoción y la regulación. Esta coparticipación del Estado con el sector privado, o gestión indirecta, puede implementarse de varias maneras, pasando por la venta total de acciones de empresas públicas, como la modalidad más agresiva, la concesión al sector privado para la prestación del servicio, la obtención de financiamiento privado para infraestructuras públicas, entre otras.

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

1.2.3 Rol tradicional del Estado⁴

El rol del Estado ha sido históricamente relevante en la provisión de infraestructura, no solamente en los países en desarrollo de nuestro continente, sino también en los del primer mundo. Se postulan cinco razones para la fuerte presencia del Estado en esta actividad y por las cuales no se ha dado la participación privada en dicha provisión:

a) Mercados Limitados

En los países Latinoamericanos el interés privado en infraestructura ha sido limitado por cuanto en esta actividad se requieren fuertes economías de escala y debido al bajo nivel de desarrollo que tenemos, los mercados y su demanda se vuelven reducidos en tamaño y por ende poco atractivos.

b) Monopolios Naturales

⁴ Francisco Ghisolfo, "Asesoría para la evaluación de la información y estudios existentes en relación a la situación del mercado de servicios de aviación y aeroportuarios en Guayaquil y su área de influencia", CONAM-AAG, Marzo de 2001, Guayaquil.

La infraestructura está casi siempre ligada a la presencia de monopolios naturales, por lo que, en ausencia de un marco regulatorio que impida el comportamiento preponderante del prestador, el Estado se ha visto en la situación de asumir esta actividad de manera directa. Además de esta razón, por los orígenes históricos de nuestras sociedades latinas a partir de la conquista, la cultura paternalista con la que fueron fundadas, ha influido en que exista una dotación directa de infraestructura y servicios por parte del Estado, lo cual ha sido entendido como natural y adecuado tanto por gobernantes como por ciudadanos.

c) *Necesidad de grandes Capitales y Largos Períodos de Recuperación*

La infraestructura requiere de grandes montos de inversión de capitales, los cuales se recuperan en períodos de tiempo o plazos muy largos. En Latinoamérica, los mercados de capitales son reducidos, existe escasez de ahorro privado, y, las tasas tanto de interés como de inflación son sumamente altas; por ello, la inversión de dinero lleva aparejada la necesidad de obtener tasas de retorno significativamente altas a fin de ver justificado el riesgo de la inversión. Estas condiciones macroeconómicas han derivado en que los proyectos del sector de infraestructura se lleven a cabo exclusivamente con fondos públicos, bien sea provistos directamente por el erario del Estado, o a través de financiamientos otorgados por organismos multilaterales de crédito a los gobiernos.

d) *Beneficios no Asimilados por los Usuarios*

Es ampliamente reconocido que en el sector de infraestructura, los beneficios son percibidos en forma parcial y limitada por los usuarios, lo cual hace que la disposición de éstos a pagar sea mínima. El planteamiento consiste en que el ciudadano percibe que la provisión de infraestructura y servicios básicos constituye una obligación del Estado, y que por tratarse de una colectividad con recursos sumamente limitados, no debe pagar por aquellos. Esta conducta genera que los gobiernos resuelvan invertir en proyectos que resulten socialmente rentables, y que por ende sean percibidos con mayor impacto por parte de la ciudadanía, aunque revistan menor beneficio para la economía del país.

e) *Dificultad para fijar Tarifas y para Recaudar*

La dificultad para la fijación de tarifas para los servicios y obras públicas ha sido uno de los grandes impedimentos a la participación privada, ya que dichos valores o bien han venido recaudándose por el Estado a lo largo del tiempo de forma indirecta vía impuestos, como por ejemplo a los combustibles, productos especiales, telefonía celular, y similares, o sencillamente no se han cobrado.

Otro aspecto a destacar consiste en que cualquier sistema de fijación de tarifas requiere la determinación de un adecuado mecanismo de recaudación, que generalmente resulta de alta complejidad y por ende mucho costo, el cual en ciertas ocasiones llega a ser mayor que la rentabilidad obtenida.

1.2.4 El nuevo entorno⁵

El nuevo entorno de los últimos años, especialmente en nuestros países latinoamericanos, genera condiciones que permiten revisar el tradicional modelo de gestión de obras y servicios públicos o de infraestructura, el cual, debido a las severas restricciones presupuestarias y las prioridades gubernamentales hacia los sectores sociales, ha obligado a enfrentar el problema con un nuevo enfoque en manera urgente.

De otro lado, existen nuevas condiciones que caracterizan el actual entorno económico de nuestros países, y que inciden de manera positiva en la implementación de los modelos de asociación público privada, las cuales son:

a) Demandas Fuertes e Insatisfechas

En el nuevo entorno se observa en nuestros países latinoamericanos un aumento del ingreso per capita; economías abiertas al comercio exterior; reducción paulatina de aranceles a los productos importados; libre importación de vehículos a precios bajos, por lo que el crecimiento de la demanda de transporte ha sido explosivo. Algo similar ocurre en los aeropuertos, donde la desregulación del transporte aéreo y la baja en los costos de la industria han generado fuertes incrementos de la demanda.

Esta situación genera que en los usuarios bien sea por el deseo de cubrir sus necesidades insatisfechas, o por un incremento de dichas necesidades, valoren más los costos de su tiempo y comodidad. Con este antecedente se produce una mayor disposición a pagar, lo cual genera una demanda de obras y servicios públicos, primer paso para la creación de un mercado de infraestructura.

b) Viabilidad de Mecanismos Económicos de Regulación

Como contrapartida del monopolio natural, se han desarrollado sistemas de regulación de tarifas, los que deben cumplir la condición sine qua non de incentivar al inversionista privado y cautelar el interés del usuario. Adicionalmente, mecanismos específicos como el de licitar delegaciones a través de un proceso de com-

⁵ Francisco Ghisolfo, ob. citada.

petencia entre varios participantes, permite lograr el mismo objetivo antimonopólico por el efecto inducir competencia ex-ante.

c) *Mercado de Capitales Crecientes, Profundos y de Largo Plazo*

Cada vez más, los mercados de capitales de los países emergentes, crecen, se desarrollan y profundizan, alentados por la estabilidad a largo plazo, mecanismos que aseguran la protección de los recursos ante la inflación. A su vez se alimentan de fondos institucionales que deben ser colocados a largo plazo, como es el caso de los fondos de pensiones en Chile.

d) *Usuarios Dispuestos a Pagar*

Las demandas insatisfechas, así como el aumento del ingreso, que hace a los usuarios mejorar su valoración del tiempo, la seguridad y el confort, llevan a una mayor disposición a pagar por servicios de infraestructura.

e) *Modelos Económicos de fijación de Tarifas y Tecnología de Recaudación*

Los modelos económicos que recientemente se han desarrollado, facilitan la fijación de tarifas, y la tecnología ayuda enormemente en la resolución del problema de la recaudación.

1.2.5 El rol del Estado Moderno

Dentro de este nuevo modelo de gestión, al Estado Moderno en el ámbito de las asociaciones con el sector privado, le correspondería de manera general continuar siendo el titular de la infraestructura y por ende de los servicios públicos, siendo sus roles los siguientes:

- Regular, desde las diversas perspectivas que ello implica, esto es, propiciar la libre competencia mediante la eliminación de barreras de entrada a otros prestadores, licitando de manera pública y de preferencia internacional las delegaciones, y procurando beneficios proteccionistas al prestador privado sólo cuando resulte indispensable para asegurar su participación y dentro de los límites que la protección a los usuarios demanden. Se refiere también a la emisión de la normativa técnica, financiera, de calidad de los servicios, ambiental, etc. que regirá para cada sector en el cual se lleven a cabo delegaciones. Abarcará además la correcta y mayor definición de las normas que deban regir cada contrato de delegación en particular;
- Planificación estratégica, que versa sobre las definiciones o directrices de largo plazo que debe tomar el Estado y ejecutar posteriormente, las cuales

constituyen mensajes de atracción a la inversión privada, por ejemplo la decisión de albergar un puerto pivote, hub o madre en el territorio del país;

- Fiscalizar el adecuado nivel de ejecución de la obra y/o de la prestación del servicio, de conformidad con los niveles y condiciones establecidas en el contrato de gestión, y en la normativa de desempeño que rija al sector de la delegación;
- Asumir la gestión directa sólo de manera subsidiaria, ante determinadas circunstancias de impedimentos externos a la voluntad del gestor privado, tales como caso fortuito o fuerza mayor, o ante eventuales incumplimientos graves de éste último conforme lo pactado previamente; o simplemente cuando el servicio público en cuestión no resulte atractivo comercialmente para el sector privado. En este contexto, el Estado debe garantizar a la ciudadanía la prestación ininterrumpida del servicio público;
- Imponer sanciones en caso de incumplimientos o deficiencias, al tenor de la regulación vigente y del contrato correspondiente;
- Rescatar el servicio o la obra al término del contrato, o antes de dicho plazo en los casos previstos.

1.2.6 El rol del sector privado: gestión indirecta de servicios

Luego de los planteamientos expuestos, será el rol del sector privado la provisión de los servicios de infraestructura, esto es, llevar a cabo las actividades empresariales de cada rubro, como ocurre en cualquier otro sector industrial de bienes y productos.

Lógicamente, el interés del privado consiste en obtener beneficios mediante un contrato de largo plazo, a cambio de una fijación libre de tarifas competitivas dentro de los parámetros acordados, prestación económica que debe permitirle cubrir sus costos e inversiones y obtener una rentabilidad razonable, a cambio del riesgo del negocio que correrá por su cuenta. En este punto, la responsabilidad del Estado consistirá en resguardar que la calidad del servicio prestado o de la obra ejecutada reúna niveles superiores a los que se venían brindando por el sector público, y con tarifas inferiores o al menos iguales.

1.3 Justificación y objetivos de los modelos de coparticipación

Las premisas que han marcado el actual entorno socio-económico de nuestros países, y que han generado la necesidad de buscar nuevos modelos son la que listan a continuación:⁶

⁶ Carlos Cruz Lorenzen, "Colaborar con la Tierra, la asociación público-privada en el desarrollo de la infraestructura en Chile, Editorial Universitaria, 1999. Santiago-Chile.

- La infraestructura pública de nuestros países en los últimos años ha sido absolutamente insuficiente, impidiendo un desarrollo sostenido de la economía.
- Los recursos públicos resultan insuficientes para hacer frente a la demanda por infraestructura.
- La alternativa de la asociación público-privada en el financiamiento y gestión de servicios y obras públicas permitiría superar el déficit.
- Los mecanismos existentes en el mercado para la obtención de recursos para infraestructura podrían ser utilizados con éxito.
- Estos procesos de asociación permitirían la liberación de recursos públicos para destinarlos a inversiones sin rentabilidad privada, pero con alto impacto social.

Es preciso señalar que en el contexto de las coparticipaciones público privadas en las legislaciones latinoamericanas en general, al mantener el Estado la titularidad de la infraestructuras públicas, éste nunca perderá su responsabilidad - tal como lo señalaba la Constitución ecuatoriana del año 1998 en su artículo 249 y la Constitución de la República del Ecuador vigente desde el año 2008 en sus artículos 314 y 316 - de proveer los servicios y obras básicos, sino que podrá delegar la ejecución de éstos a empresas públicas y excepcionalmente a la iniciativa privada, manteniendo siempre su control, regulación y poder sancionatorio, hasta el límite incluso de rescatar o retirar la delegación al privado, en caso de mal funcionamiento del servicio. En definitiva, el Estado mantendría incluso con la aplicación de estos mecanismos, su responsabilidad por la calidad de las obras y servicios públicos.

El objetivo esencial que se persigue a través de la implementación de estos mecanismos no es de orden fiscal, sino que consiste en incrementar la eficiencia, eficacia y calidad de los servicios, así como la reducción de sus tarifas en resguardo del usuario y consumidor, de quienes es responsable el Estado. Todo ello debe ocurrir dentro del ámbito de libre competencia; resultados y beneficios que deben trasladarse a la ciudadanía en general, y buscar en última instancia incrementar la competitividad del país.

La experiencia ha demostrado que la posibilidad de promover una asociación o coparticipación público privada a través del tiempo requiere de un compromiso nacional. Este principio facilitador resulta esencial. Los gobiernos que impulsen estas iniciativas deben comprometer a todos los actores que se relacionan con su implementación, así como generar las condiciones para que la propuesta evolucione desde una política de Estado hacia un negocio con dos socios, cuyo objetivo además de la rentabilidad consiste en la provisión de servicios de óptima calidad a precios razonables.

A continuación se transcribe lo que señala la Ley de Modernización del Estado en sus Considerandos:

”... Que se torna ineludible entrar en 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 que permitan atender las más apremiantes demandas de los sectores sociales más postergados;

Que este proceso debe caracterizarse por la transparencia, de suerte que garantice el interés público y la equidad social mediante la dotación de normas claras y precisas, evitándose el ejercicio de facultades discrecionales;

... Que existen actividades empresariales actualmente asumidas por el Estado que bien pueden ser transferidas al sector privado, comunitario y de autogestión preservando los derechos de los trabajadores, empleados y funcionarios del sector público;

Que el proceso de privatización y concesión de servicios debe tender a buscar la eficiencia de las entidades y empresas públicas...”

CAPÍTULO SEGUNDO

2. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICO – PRIVADA EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

2.1 Régimen jurídico y ámbito del derecho al que pertenecen los distintos mecanismos de coparticipación público-privada

Por su propia definición, la regulación que norma los servicios y las obras públicas se enmarca dentro del ámbito del Derecho Público, específicamente dentro del Derecho Administrativo, el cual es definido por el autor peruano Alberto Ruiz-Eldredge, como: *“El sistema jurídico de principios, normas y categorías de derecho público que estudia, promueve y regula la actividad de la administración pública, los servicios públicos, la función y potestades de los órganos y personas que la ejercen, en las relaciones con los administrados, interadministrativas e interorgánicas; y las de derecho administrativo internacional; así como a las garantías internas y las de una alta jurisdicción que asegure la justicia administrativa.”*⁷

Además de lo expuesto, el régimen jurídico de los diversos mecanismos de coparticipación público-privada por su contenido fuertemente económico, guarda relación con el Derecho de dicha naturaleza.

En cuanto a la legislación ecuatoriana, el cuerpo normativo que básicamente regula la modernización del Estado a través de los diversos mecanismos de coparticipación es Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, a la cual llamaremos simplemente “Ley de Modernización del Estado” a lo largo de este estudio.

La Constitución del Ecuador también reconoce las delegaciones, la Constitución del año 1998, en su artículo 249 señalaba:

“Art. 249.- Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de propiedad accionarial o cualquier otra forma contractual,

⁷ Manual de Derecho Administrativo. Temática Esencial. Primera Edición. Pg. 80.

de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.

La Constitución de la República vigente a partir del año 2008, dispone:

“Art. 314.- El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

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

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

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

La Ley de Modernización del Estado en su artículo primero señala:

“Art. 1.- Objeto.- La presente Ley tiene por objeto establecer las normas y principios para regular:

c) La prestación de servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa privada mediante la desmonopolización, la libre competencia y la delegación de los servicios o actividades previstas en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la República; y,

d) La enajenación en las circunstancias establecidas en esta Ley, de la participación del Estado en las empresas estatales no previstas en el numeral uno del artículo 46 de la Constitución Política de la República o de las mixtas señaladas en el numeral dos del mencionado artículo 46”.

Ambos literales fueron sustituidos por otro texto mediante Decreto Ley – 2000-1, correspondiente a la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, publicada en el Registro Oficial Suplemento número 144 de agosto 18 de 2000. Sin embargo, el Tribunal Constitucional mediante Resolución 193-2000-TP, publicada en el Registro Oficial Suplemento número 234 de diciembre 29 de 2000, declaró la inconstitucionalidad de fondo y la suspensión total de los efectos de los textos introducidos por la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana.

A pesar de estas modificaciones jurídicas, entendemos que el espíritu de la Ley de Modernización se mantiene en sus alcances y objetivos de regular la prestación de servicios públicos y actividades económicas por parte de la iniciativa privada, así como la enajenación de las empresas estatales mencionadas.

Un aspecto importante a destacar consiste en la disposición restrictiva de la Ley de Modernización del Estado en su artículo 45:

“Art. 45.- Prohibiciones.- Dentro de los procesos referidos en esta Ley, al Estado se le prohíbe:

- a) Conceder fianzas y avales a favor de los adquirentes de empresas públicas;*
- b) Conceder créditos preferenciales para su adquisición, excepto el que se conceda con ese objeto a los trabajadores de la empresa que se transfiera; y,*
- c) Conceder beneficios fiscales a los adquirentes”.*

Como un elemento de consideración de vital importancia, encontramos lo que dispone la Ley de Modernización del Estado respecto al control de los procesos de modernización:

“Art. 57.- Control.- Los procesos de modernización del Estado previstos en esta Ley, serán controlados en la respectiva esfera de sus actividades, por los organismos señalados en el Título X de la Constitución.”⁸

No serán aplicables las disposiciones contenidas en la Ley de Contratación Pública, la Ley de Consultoría, ni el artículo 43 de la Ley

⁸ La referencia constitucional versa sobre la Constitución Política del año 1998, la cual ya no está vigente. Sin embargo entre las actuales atribuciones de ciertos organismos de control sí se mantiene la vigilancia sobre los procesos de modernización.

de Presupuestos del Sector Público. Para los efectos de control deberán aplicarse las disposiciones de esta Ley y especialmente los artículos 45, 46, 55, 56 y 57, debiendo en el Reglamento, obligatoriamente normarse los respectivos procedimientos”.

Existen dos elementos críticos que forman parte del régimen jurídico de los contratos de delegaciones⁹:

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

Existen entonces en los contratos de delegación dos tipos de normas que los rigen: las que dentro del ámbito del derecho administrativo le correspondan, y las que derivan del contrato propiamente dicho.

Como consecuencia de esta naturaleza pública, el privado se convierte en un verdadero colaborador o socio del Estado, y debe cumplir sus obligaciones siguiendo reglas más estrictas que las del Derecho Privado, ya que el interés general del servicio público exige una intervención más rigurosa del delegatario.

Como conclusión, podríamos precisar que luego de las largas discusiones jurídicas que se han mantenido sobre la naturaleza jurídica de las delegaciones, este problema no parece totalmente resuelto desde el punto de vista académico. Sin embargo, podríamos aventurarnos a decir que se trata de contratos *sui generis*, que se caracterizan en términos generales por ser de largo plazo, donde el privado no solamente construye una obra pública sino que además presta directamente un servicio público, tratándose entonces de una verdadera relación de prestaciones recíprocas entre las partes, que comparten tanto los riesgos como los beneficios del negocio, en función de las características de cada caso particular.

⁹ Dolores M. Rufián Lizana, Ob. Citada, pg. 115.

2.2 Mecanismos legales de coparticipación público-privada

2.2.1 La empresa de economía mixta

Podría pensarse en principio que al hablar de empresas de economía mixta, existe una discordancia frente al concepto de privatización, ya que las primeras se mantienen dentro de un régimen público y hemos dicho que la privatización implica justamente el retiro del referido régimen. Sin embargo, hay que considerar que en realidad sí se trata de una privatización por cuanto el porcentaje de acciones que el Estado deja en manos del sector privado en realidad ha sido enajenado completamente de su patrimonio, y ha pasado a ser de propiedad de particulares, perdiéndose por tanto la titularidad pública sobre dichas acciones, sin perjuicio del régimen jurídico privado al cual se encuentra sometida la empresa de economía mixta en su operación.

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

La regulación de las compañías de economía mixta, se encuentra en la sección octava de la Ley de Compañías, a partir del artículo 308, en la cual se indica básicamente que el Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y otras entidades del sector público podrán participar conjuntamente con el capital privado, en el capital y la gestión de este tipo de compañías.

Adicionalmente debe considerarse la Ley de Empresas Pública, cuyos texto final está en trámite en este momento.

2.2.2 El joint venture

Se refiere a la asociación de dos o más partes unidas para realizar operaciones civiles o comerciales de gran envergadura económico-financiera, con objetivos limitados, dividiéndose la labor según aptitudes y posibilidades, y soportando los riesgos correspondientes según convenios que se establecen entre ellas. Doctrinariamente se lo conceptúa como una sociedad accidental.¹⁰

¹⁰ Saúl A. Argeri. Compilación Bibliográfica publicada por la Superintendencia de Compañías sobre el "Joint Venture", Impresión Talleres Superintendencia de Compañías, Quito-Ecuador, 1994, pg. 7.

El joint venture se considera como el método de asociación más informal que existe, adecuándose maravillosamente bien a la aceleración de los negocios de la vida moderna, en la cual los hombres se relacionan en una variedad de transacciones que están dentro, o tienen que ver, con sus respectivos campos de actuación. Puede formarse y disolverse rápidamente y con un mínimo de gasto; es factible de constituirse entre empresas privadas o públicas, o entre ambas, pudiendo realizárselo simplemente por contrato escrito u oral. Los elementos sustanciales del joint venture son:

- Una contribución hecha por las partes (consistente en dinero, propiedad, esfuerzo, conocimiento, habilidad u otro activo) a una empresa o cometido común;
- Un interés conjunto de propiedad en la materia sobre la que verse el riesgo o aventura;
- Un derecho mutuo de control o dirección de la empresa;
- La esperanza de un lucro, ganancia o utilidad de alguna índoles;
- El derecho a participar en los beneficios;
- La limitación del objeto a un solo cometido;
- Generalmente se comparten las pérdidas.¹¹

En América Latina se ha comprendido la complicada naturaleza del joint venture en el mundo de los negocios. Se entiende a esta figura como un vehículo destinado a captar tecnología y a facilitar el proceso de desarrollo, particularmente para la obtención de capitales e inversiones privadas en infraestructuras y negocios típicamente públicos.¹²

2.2.3 La privatización de empresas y servicios públicos

De conformidad con lo dispuesto en la Ley de Modernización del Estado, artículo 5 “Áreas de aplicación”, se establece que el proceso de modernización del Estado comprende entre otras áreas la prevista en el literal c) de dicha norma, que corresponde a :”... *la desmonopolización y privatización de los servicios públicos y de las actividades económicas asumidas por el Estado u otras entidades del sector público.*”

¹¹ Juan Carlos Palmero, María Bisio de Viano, María Cristina Mercado. Compilación Bibliográfica publicada por la Superintendencia de Compañías sobre el “Joint Venture”, Impresión Talleres Superintendencia de Compañías, Quito-Ecuador, 1994.

¹² Robert Radway. Compilación Bibliográfica publicada por la Superintendencia de Compañías sobre el “Joint Venture”, Impresión Talleres Superintendencia de Compañías, Quito-Ecuador, 1994.

A nivel de internacional se entiende por privatización genéricamente a la transferencia de actividades, derechos y activos del sector público al sector privado, dentro del ámbito de una relación género-especie entre los conceptos de modernización y privatización.

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

Pasemos a analizar el concepto de privatización dentro de la legislación ecuatoriana, remitiéndonos a la Ley de Modernización del Estado en los artículos que se transcriben a continuación:

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

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

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

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

El legislador ha distinguido la privatización de la delegación, al escribir la Ley de Modernización del Estado, y también en el Reglamento a ésta, ya que en éste último establece dos títulos separados: uno para la privatización (a partir del artículo 51), y otro para la delegación (a partir del artículo 67). ¿Cuál es la diferencia entre ambas modalidades o mecanismos de modernización? Nuestra interpretación de la distinción formulada en la norma jurídica, y que estimamos es consistente con el resto del articulado de la misma Ley de Modernización, es la que sigue:

- La privatización consiste en una transferencia definitiva al sector privado de la propiedad y/o la gestión de una empresa o actividad pública; y,
- La delegación, que puede ser total o parcial, consiste en la entrega que hace el Estado a un particular de la misión de proporcionar un servicio público llamado a satisfacer necesidades colectivas de naturaleza especializada, pero manteniéndose en el Estado la titularidad del servicio y por ende el control y regulación de la prestación del mismo.¹³

Como se ve, en la privatización existe un traslado total del régimen del sector público al ámbito privado, mientras que en las delegaciones el régimen de la prestación del servicio se mantendrá en el ámbito público.

Entendemos que dentro de los procedimientos o mecanismos de privatización se encuentran aquellas señaladas en los literales a), ch) y d) del artículo 43 de Ley de Modernización del Estado, previamente transcrito, esto es:

- i El *aporte al capital de sociedades por acciones*, se refiere al aporte de bienes, derechos o activos a empresas cuyo capital social se encuentra representado en acciones, consistiendo su objeto en la prestación de servicios públicos o la explotación de actividades comerciales con repercusión en la economía del país. En este mecanismo pueden comprenderse:
 - Las corporaciones y las fundaciones, que a pesar de no enmarcarse exactamente en la definición de sociedades, cumplen con el objetivo en cuestión.
 - Las sociedades y compañías.

Todas ellas constituidas con el aporte total o parcial de capital o bienes de propiedad de instituciones del Estado. En la actualidad, debido a varias reformas legales que se han ido expidiendo a partir del año 2008, el marco jurídico de desenvolvimiento de las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, que se integran y/o manejan recursos o bienes públicos, se ha ido acercando cada vez más al de las instituciones públicas, sacándose las progresivamente del marco jurídico de derecho privado bajo el cual originalmente se enmarcaban.

¹³ E. Silva Cimma, "Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Servicio Público", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 253 y 254.

Como ejemplos de aplicación de estos mecanismos, tenemos a la *Corporación Aeropuerto de Quito CORPAQ*, constituida por la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito para la administración y delegación de las facilidades aeroportuarias de Quito; a la *Fundación Autoridad Aeroportuaria de Guayaquil AAG*, creada por la M. I. Municipalidad de Guayaquil para operar, administrar y delegar las facilidades aeroportuarias de esa ciudad.

- ii. La *venta*, que constituye la modalidad más pura y evidente de la privatización, siempre que se realice una enajenación integral de los bienes, empresas, servicios o actividades a favor del sector privado, incluyendo todos los derechos y activos relacionados con éstos, por manera que el Estado se retire completamente del manejo y de la titularidad de éstos.

En este aspecto, debemos hacer una concordancia con Ley de Modernización del Estado, con los artículos que se mencionan a continuación:

“Art. 55.- Valores Referenciales.- Los valores referenciales de las acciones, participaciones, activos, pasivos u derechos de las empresas o entidades sometidas al proceso de desmonopolización o privatización, serán establecidos sobre la base de informes de expertos nacionales o extranjeros calificados, quienes deberán sujetarse a las normas que se establezcan en el Reglamento... ”.

“Art. 56.- Mecanismos.- Los procesos de desmonopolización y privatización de las actividades del Estado, se realizarán mediante uno o más de los siguientes mecanismos:

- *Por licitación pública nacional o internacional para la presentación de ofertas;*
- *Por oferta en la Bolsa de Valores de una parte o la totalidad de las acciones de propiedad de la entidad u organismo que se oferte;*
- *Por suscripción pública de acciones o subasta pública; y,*
- *Por cualquier otro mecanismo jurídico siempre que se encuentre amparado y reconocido por la Ley ecuatoriana... ”.*

El criterio para resolver la venta de bienes del Estado, debiera estar basado en la productividad de los mismos, conforme dispone el artículo 58 del cuerpo normativo que estamos revisando. El Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, al cual nos referiremos a lo largo de este estudio como Reglamento a la Ley de Modernización del Estado o Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, en sus artículos 62, 63, 64, 65 y 66, contiene las normas para la enajenación de otros bienes del Estado.

A pesar de no mencionarlo expresamente así la Ley de Modernización del Estado, vale recordar las normas sobre los bienes nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, Libro II, Título III, artículos 623 al 640, en cuanto a su uso, afectación y normativa para su enajenación.

El precio y la forma de pago, así como las demás condiciones para la transferencia de propiedad de las instituciones del Estado, se establecerán por la correspondiente institución en coordinación con la SENPLADES, no pudiendo aceptarse como pago títulos o papeles de deuda externa, según lo dispuesto por el artículo 61 de la Ley de Modernización del Estado. Cabe mencionar que los actuales lineamientos públicos se orientan fuertemente a no desprenderse de bienes del Estado.

iii La Transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas. Se trata de diversas modalidades para reestructurar o rediseñar una empresa de naturaleza mixta o pública:

- Transformándola a empresa privada o a fundación;
- Fusionándola o unificándola con otra empresa del mismo Estado, en busca de obtener una mayor eficiencia y rentabilidad al integrar vertical u horizontalmente actividades, y unificar los manejos operativos;¹⁴
- Escindiéndola o dividiéndola en partes, con lo cual se perseguiría que actividades que se encontraban unificadas y que no guardaban verdadera relación entre sí, se disgreguen y puedan prestarse con mayor nitidez;¹⁵
- Liquidándola, esto es, retirándola de funcionamiento una vez que se verifica que sus servicios o actividades no justifican los gastos que demanda, ni reúnen los estándares de calidad que se aspiraría obtener.

La Ley de Compañías sobre estos aspectos señala:

“Art. 330.- Se transforma una compañía cuando se adopta una figura jurídica distinta, sin que por ello se opere su disolución ni pierda su personería...”

¹⁴ No constituyen privatizaciones, sino mecanismos de modernización de empresas públicas.

¹⁵ No constituyen privatizaciones, sino mecanismos de modernización de empresas públicas.

“Art. 337.- La fusión de las compañías se produce:

Cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones; y,

Cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo.”

“Art. 345.- La Junta General de socios podrá acordar la división de la compañía, en una o más sociedades”.

La regulación sobre la fusión, escisión y transformación de compañías se encuentra en la Ley de la materia, en la sección décima.

Como ejemplo práctico de la transformación de empresas públicas a empresas privadas, tenemos a Andinatel y Pacifictel, ambas sociedades anónimas regionales (sierra y costa respectivamente) creadas a partir de la división del ámbito de competencia nacional de la antigua empresa pública Emetel, cuyas propiedades accionariales corresponden íntegramente al Estado ecuatoriano. Posteriormente ambas empresas fueron nuevamente fusionadas en una sola entidad denominada Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT en octubre de 2008.

Adicionalmente podemos mencionar lo dispuesto en el Reglamento a la Ley de Modernización del Estado:

“Art. 45.- Para el cumplimiento del proceso de privatización los organismos o entidades del sector público podrán adoptar cualesquiera de las formas jurídicas previstas en la Ley de Modernización y el presente Reglamento o en otras normas legales, siempre y cuando faciliten el proceso.

Para tal efecto, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Modernización, se podrá recurrir al aporte total o parcial de bienes, derechos en general del sector público, al capital social de sociedades anónimas existentes; a la venta; a la transformación; fusión, escisión, y liquidación de empresas estatales o mixtas; a la emisión de acciones representativas del capital; a la permuta; a la transferencia de la titularidad, ejercicio de derechos societarios o de administración de las empresas, sociedades o establecimientos; y, a cualquier otra modalidad conforme el citado artículo”.

2.2.4 Las delegaciones

De conformidad con lo expuesto en el numeral 2.2.3 precedente, las delegaciones consisten en el encargo que hace el Estado a un particular de la provisión de un servicio público que satisfaga necesidades colectivas de naturaleza especializada, manteniéndose en el Estado la titularidad del servicio y por ende el control y regulación de la prestación del mismo dicho servicio. Las delegaciones constituyen un mecanismo de modernización distinto de la privatización, al tenor de la legislación ecuatoriana.

La Ley de Modernización del Estado contiene las siguientes disposiciones referidas a las delegaciones:

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

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

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

“Art. 46.- Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del medio ambiente. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del

negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. Las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración”.

La disposición relativa a la garantía de la estabilidad de las condiciones contractuales también se encuentra reflejada en otras normas, conforme se detallará al final de este capítulo.

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

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

Entendemos que dentro de los procedimientos o mecanismos de delegación se encuentran aquellas señaladas en los literales b), c) y f) del artículo 43 de Ley de Modernización del Estado, previamente transcrito, esto es:

- i. El arrendamiento mercantil o leasing, normado mediante Decreto Ejecutivo N° 3121 de enero 5 de 1969 y sus reformas, que consiste en un contrato en el cual las dos partes se obligan recíprocamente, una de ellas a conceder la cosa, y la otra a pagar por ese goce un precio determinado. El arrendamiento tendrá el carácter de mercantil, al tenor del referido decreto en su artículo primero, cuando el contrato se celebre por escrito y se inscriba en el Registro Mercantil; contenga un plazo inicial forzoso para ambas partes; la renta a pagarse durante el plazo forzoso más el precio de la opción de compra excedan el precio al cual el arrendador adquirió el bien; el

arrendador sea propietario del bien arrendado; y, al finalizar el plazo inicial el arrendatario pueda ejercer sus diversos derechos alternativos.

- ii. La concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo. Respecto de la concesión trataremos posteriormente, por lo que vamos a proceder a realizar las referencias pertinentes a las otras figuras jurídicas que señala el literal c) del artículo 43 de la Ley de Modernización del Estado.

El Reglamento Sustitutivo al Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado dispone:

Art. 61.- “...Reconócese como otros mecanismos jurídicos amparados por el derecho ecuatoriano al concurso, el remate y la contratación directa. Este último mecanismo sólo podrá aplicarse en los casos en que los empleados y trabajadores de las respectivas entidades u organismos sean los interesados en la delegación o privatización; las únicas instalaciones con las que se debe prestar el servicio público sean de propiedad del interesado; o, quienes quieran participar en la privatización o delegación sean usuarios titulares de los servicios prestados que se asocien en cooperativas u otras organizaciones sin fines de lucro”.

Art. 129.- “Los servicios públicos serán prestados o asumidos por el sector privado mediante delegación expresa que hagan a su favor las autoridades competentes”.

Dicha delegación podrá ocurrir mediante las modalidades de concesión de obra pública... o de servicio público o concesión de uso; en este último caso podrá admitirse el arrendamiento mercantil, la licencia, el permiso, autorizaciones y convenios de asociación u otra figura jurídica que determine el CONAM¹⁶ siempre que esté reconocida por el derecho administrativo o la ley ecuatoriana y que implique necesariamente que las autoridades delegantes ejerzan control sobre la manera, condiciones, términos y modalidades en que

¹⁶ Las funciones del CONAM están a cargo de la SENPLADES a partir del año 2007.

dichos servicios o actividades se llevan a cabo, o que exista definido el ente regulador y sus competencias.

La delegación podrá realizarse mediante la combinación de una o más modalidades antes referidas de conformidad con las exigencias de cada caso particular... ”.

Un ejemplo de aplicación de la autorización consta en el sector portuario, según lo establece el Reglamento General de la Actividad Portuaria en el Ecuador, en su artículo 4, numeral 8: “...Se utilizará la figura de la autorización de la Entidad Portuaria que tenga jurisdicción sobre cada puerto, para el caso de servicios portuarios y complementarios que se preste por operadores portuarios en régimen de uso común de los muelles y zonas de operación o almacenaje...”.

De manera general, tanto la concesión como el permiso y la licencia, integran los llamados contratos de gestión indirecta de servicios públicos, por medio de los cuales es la iniciativa privada la que provee o presta bienes o servicios de interés público, basándose en una delegación otorgada por el Estado, generalmente por medio de un contrato.

- iii. Cualquier otra modalidad que mediante Decreto determine el Ejecutivo y que esté amparada por la ley ecuatoriana.

a) El permisionamiento

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

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

Sin embargo, ni la Ley de Modernización del Estado ni su Reglamento hacen referencia alguna a los permisos y sus procedimientos. En principio podría pensarse que se refieren a los permisos tradicionales del derecho administrativo, tales como los permisos municipales de construcción y similares, pero nuestra interpretación del espíritu de la norma consiste en que los permisos o

permisionamientos para distinguirlos de los tradicionales, consisten en una modalidad precaria de concesión y de plazo corto, tal como lo regula el Reglamento General de la Actividad Portuaria en el Ecuador, que constituye la ley de la materia portuaria para los permisos, y bajo la cual funcionaron hasta el año 2007 varios permisionarios en el Puerto de Guayaquil, hasta que inició su concesión.

A continuación transcribimos el artículo pertinente del Reglamento General de la Actividad Portuaria en el Ecuador:

“Art. 34.- *Condiciones y modalidades de utilización*

...

5. La utilización temporal por corto plazo de partes del Dominio Público Portuario, en los casos de actividades de tipo coyuntural o puntual y cuando las personas del sector privado no requieran la realización de inversiones en instalaciones fijas para el uso al que se destinen, exigirá en todo caso el otorgamiento de un permiso, en la forma establecida.

... Los permisos otorgados se entienden, en todo caso, como precarios y revocables de forma unilateral por parte de la administración, por razones fundamentadas de necesidad o planificación portuaria.

... En los casos en que, no obstante, el permisario desee transformar en permanente la actividad para la que obtuvo el permiso, deberá solicitar la concesión de la zona de dominio público correspondiente y, en caso de considerarse de interés para la administración, se convocará a la correspondiente licitación pública para el otorgamiento de la concesión”.

b) La concesión

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

“Art. 69.- *Las concesiones serán otorgadas al sector privado con el objeto de que éste último por su cuenta y riesgo, en las condiciones estipuladas en la licitación y el contrato, planifique y construya una obra pública, mantenga y mejore una ya existente, o preste un*

servicio público a cambio de recibir una utilidad por sus inversiones y trabajo”.

De esta norma se desprende que:

Las concesiones pueden ser de obras públicas o de servicios públicos.

Si se trata de obras públicas el objetivo de la concesión consistirá en planificar y construir una obra pública, o en mantener y mejorar una ya existente.

Son características comunes a ambas clases de concesiones:

- Que el concesionario debe obrar por propia cuenta y riesgo;
- Que el concesionario debe acatar las condiciones estipuladas en la licitación y el contrato;
- Que la prestación que espera el concesionario consiste en recibir una utilidad por sus inversiones y trabajo.

Doctrinariamente la concesión es un contrato por el cual una persona administrativa (concedente) encarga a otra persona (natural o jurídica) privada (concesionario), la gestión y funcionamiento bajo su propio riesgo y ventura, de un servicio o gestión pública, proporcionándole a cambio ciertas ventajas, y, en particular, la percepción de las tarifas pagadas por los usuarios.¹⁷

Continuando con definiciones de concesión, podríamos decir que éstas son contratos de largo plazo, durante el cual se asegura:

- La continuidad del servicio,
- La igualdad en el tratamiento a los usuarios, y,
- La adaptación permanente a las necesidades comerciales que surjan de la prestación de dicho servicio público (flexibilidad).

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

- De obras públicas
- De uso o servicios públicos
- Del sector portuario

¹⁷ Dolores M. Rufián Lizana, ob. Citada, pg 12.

- Del sector eléctrico
- Del sector agua potable y saneamiento ambiental

El marco jurídico para las concesiones del sector eléctrico, portuario y de agua y saneamiento consta de normas muy específicas, haciendo alusión a ellas incluso la Constitución vigente en el caso específico del agua potable y saneamiento.

De la misma manera, continúa el Reglamento en mención disponiendo en su artículo 68: “... *En las concesiones de obra y servicio público la máxima autoridad de la entidad u organismo deberá dar cumplimiento previo a las demás normas legales y reglamentarias vigentes sobre aprobación técnica de las bases, y en especial en materia de vialidad; riego; alcantarillado y tratamiento de aguas; generación; distribución de energía eléctrica; servicios telefónicos; portuarios y aeroportuarios.*”

Con lo expuesto, resaltamos que a más de cumplirse la normativa de la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento, en los procesos que se emprenden bajo su amparo, deben acatarse además las normas sectoriales correspondientes, precepto recogido en el artículo 73 del mismo Reglamento en mención.

2.3 La garantía de estabilidad de las condiciones contractuales para las inversiones nacionales y extranjeras

La estabilidad y seguridad jurídica requerida por los inversionistas: la garantía de la estabilidad de las condiciones contractuales, que resulta aplicable a todas las modalidades analizadas en este capítulo, se encontraba consagrada en en la Constitución Política de la República del año 1998, en sus artículos 249 previamente citado en este capítulo, y, 271, que disponía:

“Art. 271.- El Estado garantizará los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la producción, destinada especialmente al consumo interno y a la exportación...El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y condiciones especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas”.

La norma citada hacía referencia al llamado “principio de la santidad o soberanía del contrato”, que consiste en la preeminencia del mismo aún con respecto a normas de orden público dictadas con posterioridad a su vigencia. Este principio ha merecido severas críticas, y la doctrina se encuentra dividida en cuanto a su

aceptación, sosteniendo sus detractores que no cabe que el alcance impositivo de las normas de carácter público y mandatorio para todo un país, escapen a un contrato determinado. El principio de garantía de estabilidad a la inversión nacional y extranjera previsto en la anterior Constitución ecuatoriana, no consta ya en la Constitución vigente en nuestro país.

La Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, que aún está vigente en el Ecuador, ya sin el asidero Constitucional con el cual antes contaba, también reconoce esta garantía, particularmente en su artículo 22:

“Art. 22.- Los titulares de inversiones, sean éstos nacionales o extranjeros, de acuerdo a las condiciones que se establecen en el presente Título, tendrán derecho a beneficiarse de la estabilidad tributaria, entendida como el mantenimiento, por un período determinado, de la tarifa aplicable al impuesto a la renta, existente al momento de efectuarse la inversión.”

Asimismo, el Reglamento al mismo cuerpo normativo de Promoción y Garantía de Inversiones desarrolla en mayor grado los requisitos y condiciones para acceder a la garantía en cuestión, disponiendo:

“Art. 9.- Garantías Generales a la inversión.- ...Estas garantías serán ratificadas y precisadas en el contrato de inversión, cuyas estipulaciones no podrán ser modificadas unilateralmente por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afectaren sus cláusulas.

El inversionista y la empresa receptora tendrán el derecho irrestricto de recibir en cualquier momento los pagos que le sean debidos, incluyendo los relativos a la inversión o los correspondientes a bienes o servicios provistos en el Ecuador...”

“Art. 10.- Libre remisión o repatriación de capital, utilidades y otros pagos al exterior.- El inversionista y la empresa receptora tendrán el derecho de controlar, usar, convertir a cualquier moneda y transferir o remitir al exterior cualquiera de los fondos derivados o relacionados con la inversión o con el contrato de inversión...”

“Art. 12.- Estabilidad jurídica general.- Cuando la inversión es realizada a través de un contrato, autorización o permiso para la construcción o uso de una obra pública o para la prestación de un servicio público, las estipulaciones de los contratos ejecutados o las autorizaciones o permisos concedidos gozarán de estabilidad legal, las que no podrán ser modificadas por leyes u otras disposiciones, según lo dispuesto en el artículo 249 de la Constitución de la República el

contrato de inversión incluirá el expreso compromiso del Estado y de sus instituciones de respetar la estabilidad a que se refiere este artículo”.

“Art. 15.- Propiedad y no expropiación sin indemnización.- El inversionista y la empresa receptora, tendrán derecho a que su inversión y cualquier proyecto relacionado, así como los derechos correspondientes, sean respetados y protegidos por el Estado ecuatoriano, sin otras limitaciones que las establecidas en las normas legales vigentes a la fecha de inicio.

Ni la inversión, ni el proyecto, ni las acciones o participaciones de la empresa receptora de propiedad del inversionista se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes...”.

“Art. 16.- Objeto.- Un inversionista podrá, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley, suscribir un contrato de inversión con el Estado Ecuatoriano que establezca las garantías y seguridades generales y especiales que ampararán su inversión...a fin de asegurar que los convenios celebrados no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier índole que afecten sus cláusulas, así como la estabilidad del régimen impositivo aplicable a su inversión...En el contrato de inversión el Estado garantizará que ni el Estado ni las instituciones del Estado obstruirán, retardarán o perjudicarán en cualquier forma los derechos del inversionista o la empresa receptora, según las garantías generales reconocidas por la constitución, la ley y los convenios internacionales...”.

Respecto a esta situación jurídica de protección puede encontrarse los planteamientos de la autora en el capítulo séptimo de este estudio.

CAPÍTULO TERCERO

3 ÁMBITO DE APLICACIÓN

3.1 Mecanismos comunes de coparticipación público privada a nivel internacional

Las diversas modalidades o esquemas de asociación público privada consisten en acuerdos reflejados contractualmente, entre una entidad pública y una empresa privada con fines de lucro. Por medio de estos acuerdos, las fortalezas y los activos de cada uno de los sectores que intervienen (público y privado) se aúnan con la finalidad de desarrollar un servicio, instalación u obra afecta al uso e interés público. Adicionalmente al hecho de compartir recursos, atribuciones y capacidades, cada una de las partes toma una porción de los riesgos y las recompensas potenciales que pudieran generarse por la puesta en marcha de la obra o el servicio en el cual han intervenido conjuntamente.¹⁸

A nivel internacional se utiliza una muy amplia gama de modalidades o mecanismos de coparticipación público privada, que van del extremo del control más riguroso por parte del Estado, hasta la mayor flexibilidad e incluso independencia del sector privado.¹⁹

A continuación se presenta un detalle de los diversos mecanismos de coparticipación público privada, que sin carácter de exhaustivo hemos recopilado de múltiples fuentes y casos a nivel internacional:

BOO: *Build, Own, Operate (Construir, Apropiarse, Operar)*: Se trata de un mecanismo en el cual el sector privado construye una obra predefinida por el Estado, se constituye como titular de dicha obra, y además se encarga de operar o administrar la edificación construida y los servicios originados en ella. Bajo esta modalidad, el privado construye una obra pública, y no solamente queda en propiedad de ella sino que además se convierte en el prestador del servicio que deriva de esa obra. Como puede apreciarse, se trata del esquema más agresivo de delegación, ya que el privado se encarga tanto de la inversión como de la construcción, explotación y operación de lo edificado, sin que ello pase nunca a manos del Estado, a pesar de su connotación inminente

¹⁸ National Council for Public-Private Partnerships, "Public-Private Partnerships: Terms Related to Building and Facility Partnerships", Government Accounting Office, April 1999, , USA.

¹⁹ Se utilizará terminología en inglés, ya que es así como se conoce a las modalidades internacionalmente.

de obra afecta al servicio público. Por esta razón es dable que una transacción BOO pueda resultar exenta de impuestos para el privado.

BBO: *Buy, Build, Operate (Comprar, Construir, Operar)*: Se trata de una venta de activos que incluye la rehabilitación o el mantenimiento de una infraestructura o edificación existente. El Estado vende esa propiedad al sector privado, el cual se encarga de realizar las mejoras y arreglos necesarios para que el servicio público afecto a las edificaciones adquiridas pueda prestarse de manera eficiente y rentable.

BOT: *Build, Operate, Transfer (Construir, Operar, Transferir)*. En este caso, la transacción consiste en que el privado construya una obra predefinida, pasando directa e inmediatamente a operarla y administrarla. Con el producto de su gestión, el particular recupera su inversión más la rentabilidad que corresponda, llegando hasta el punto en el cual, bien sea por plazo, o por cualquier otro indicador predefinido, el privado da por concluido su contrato con el Estado, entregando a éste en propiedad y a título gratuito generalmente (podría establecerse el pago de un saldo remanente), las instalaciones edificadas y los bienes afectos a ellas. Una vez traspasada la propiedad al Estado, éste puede encargarse directamente de la operación, o contratar a un operador bajo cualquier modalidad que estime pertinente. Lo destacable de este mecanismo es que mientras el privado opera, los bienes construidos por él son de su propiedad, pasando al Estado solamente cuando se cumple la condición resolutoria preestablecida.

BTO: *Build, Transfer, Operate (Construir, Transferir, Operar)*. Esta es una variación más tenue de las modalidades analizadas previamente. En este caso, el privado construye una obra predeterminada por el Estado, transfiriendo al concluir la construcción dicha edificación a la titularidad del Estado, sin que por ende llegue a consolidarse la propiedad de la edificación en el privado jamás. A pesar del paso del dominio de la obra al Estado, el particular mantiene el derecho a operarla y gestionarla, junto a los servicios que de ella derivan, con la finalidad de resarcirse de los costos en que incurrió para construir, más una ganancia. La gestión u operación por parte del privado tendrá un horizonte de tiempo previamente acordado, o bien alguna variable o indicador que marque su terminación, con lo cual se consolidará la titularidad del bien con la de su operación, en manos del Estado.

LOT: *Lease, Operate, Transfer (Tomar en leasing, Operar, Transferir)*. En este caso el privado toma en leasing o arrendamiento mercantil instalaciones públicas, con la finalidad de operar y gestionar los servicios públicos que de ella deriven. El horizonte de duración del arriendo mercantil debe estar predeterminado de acuerdo a las variables o indicadores pactados. Al final del contrato, el arrendatario de-

vuelve las instalaciones al Estado, generalmente, sin perjuicio de su derecho a adquirir la edificación con el pago de su valor residual o remanente. La justificación de esta modalidad consiste en que el privado asimile como propias las obras edificadas, para lograr el efecto tributario de la depreciación de activos a su favor. El aspecto destacable de este mecanismo consiste en que al inicio del contrato, si bien hay una cierta titularidad por parte del privado, es bajo la figura de arrendatario mercantil, no de propietario, por lo cual tiene menos peso jurídico que en los casos anteriores, ya que está implícitamente reconociendo que el dueño de los bienes es el Estado.

BRT: *Build, Rent, Transfer (Construir, Arrendar, Transferir)*. Este mecanismo consiste en que el privado construye o edifica una instalación afecta al uso o servicio público. Concluida la construcción, el privado pasa a tomar las instalaciones en alquiler, con lo cual evidentemente reconoce que el dueño de éstas es el Estado. Cuando termina el contrato de alquiler, el inquilino devuelve al Estado las edificaciones.

DBFO: *Design, Build, Operate (Diseñar, construir, Operar)*. Esta estructura consiste en que el privado toma la responsabilidad del diseño, construcción, y operación de una obra pública requerida por el Estado. El riesgo total de la edificación, los recursos y la gestión del servicio público corren por cuenta del particular, pero la propiedad de las instalaciones jamás se consolidará en él. Difiere de la modalidad BTO, en que aquí al privado le corresponde incluso diseñar la obra, cuyas características no le vienen detalladas por el Estado previamente.

Tal como se había indicado anteriormente, la propiedad de las instalaciones permanece en el Estado, a menos que se tratase de un proyecto bajo la modalidad de DBOT (Diseñar, construir, Operar y Transferir) o DBOO (Diseñar, construir, Apropiarse y Operar), en cuyo caso sí existe consolidación de la propiedad en manos del privado, temporal o permanentemente.

Este mecanismo difiere de la tradicional metodología de contratación secuencial a una firma de diseño e ingeniería, para luego contratar un constructor, que será fiscalizado a través de un nuevo convenio para ello, para culminar en la operación del proyecto por parte de su dueño. El modelo DBFO consolida en una sola persona la responsabilidad de las diversas etapas necesarias para edificar y explotar una obra y los servicios que de ella derivan, acelerando de esta manera la finalización del proyecto, y además añadiendo el ingrediente de la operación bajo el mismo constructor, lo cual garantiza la continuidad de la participación del sector privado en el proyecto. Ligar la responsabilidad del diseño a la construcción permite mayor flexibilidad al privado, que utilizando su experiencia podría optimizar

el diseño de manera tal de minimizar futuros costos operativos y de mantenimiento.

STC: *Shadow Toll Contract (Acuerdo de peaje fantasma)*. Se trata de un modelo aplicado a vías públicas, en las cuales no se permite al delegatario operador/constructor, el cobro de un peaje directamente a los usuarios, sino que se simula el cobro para efectos de los ingresos del privado, es decir, se lleva la contabilidad de los vehículos que usan la carretera y es el Estado quien le paga al particular el monto correspondiente a los vehículos contados, según la tarifa predefinida. Este mecanismo podría ser de aplicación para otros sectores de transporte, a pesar que su uso principal es para el sector vial.

OM&M: *Operations, Maintenance & Management (Operación, Mantenimiento y Administración)*: Bajo esta estructura de acuerdo, el Estado contrata a un privado para que éste opere y administre una obra o servicio público ya existente, debiendo además proporcionar el particular el mantenimiento que requieran las instalaciones y equipos afectos al servicio. En esta modalidad, el Estado retiene para sí la propiedad de las edificaciones, pero el privado puede invertir sus propios recursos en ellas. En este tipo de transacciones, la remuneración del privado puede venir tanto del producto de la explotación del servicio a los usuarios, como de un pago que provenga directamente del Estado. Este podría ser el caso de un privado al cual el Estado autoriza a cobrar el peaje en una carretera, con lo cual el pago proviene de los usuarios, o de otro lado, el propio Estado podría realizar un pago fijo o variable al privado a fin de proveerle ingresos. En el caso de estar ligada la remuneración del privado, al pago por parte de los usuarios, toda la inversión que realice el particular irá directamente a mejoras en la eficiencia de las operaciones, y, lógicamente requerirá mayor plazo contractual, lo cual genera incentivos para la inversión del socio privado, dándole más oportunidad de recuperar su capital más las ganancias razonables.

O&M: *Operations & Maintenance (Operación y Mantenimiento)*: Se trata de un contrato de servicios por la cual el Estado conviene con el privado que éste se encargue de proveer y/o dar mantenimiento a un servicio público específico, incluyendo las instalaciones y equipos afectos al mismo. Bajo la operación y mantenimiento que brinda el socio particular, el Estado se queda siempre en poder de la propiedad de las edificaciones, y de la prestación y administración de la instalación pública. La remuneración al privado en este caso, proviene de un pago que el Estado le realiza.

MS: *Management Service (Servicio de Administración)*. Consiste en un contrato de servicios a favor del Estado, en un ámbito de acción más reducido en cuanto a la intervención del particular. En este caso el

privado es contratado por el Estado exclusivamente para administrar el servicio u obra pública, bajo los estándares de manejo que el Estado le defina, y, recibiendo una remuneración predeterminada por sus servicios. No existe inversión de recursos por parte del privado, ni riesgo financiero a correr, es simplemente un contrato de gestión.

TC: *Turnkey Contracts (Contratos llave en mano)*. Se trata de un acuerdo por el cual el Estado contrata a un privado para que éste construya una edificación en concordancia con los criterios y especificaciones claramente establecidas, a un precio y plazo predeterminado, asumiendo el particular todo el riesgo de la construcción bajo el precio fijo acordado. En el fondo se trata de un contrato de construcción a precio y plazo fijo con lo cual, si el privado gasta más, pierde, y si es más eficiente, gana. Hay que destacar que en este caso los recursos para la construcción son enteramente del Estado, por lo cual el privado no tiene riesgo alguno en el levantamiento de los fondos, sino exclusivamente en su utilización para construir. Excepcionalmente, el privado puede ser quien provea el financiamiento para edificar, en cuyo caso su retribución irá ligada a que se le otorgue un contrato de operación de las facilidades, con cuya explotación obtendrá una remuneración.

Debido a la particularidad de las legislaciones y normas locales de cada país, algunos de los mecanismos señalados anteriormente no resultan aplicables en ciertos Estados.

Debemos precisar también que los contratos de coparticipación no reciben el nombre de los mecanismos analizados en este apartado, por lo cual por ejemplo en el Ecuador, un contrato de asociación público privada puede bajo los modelos BTO, DBFO, OM&M, u otras. A su vez, una misma modalidad o mecanismo puede resultar aplicable también a distintas clases de contratos o figuras jurídicas de coparticipación (concesión, joint venture, etc.).

Con esto, concluimos precisando que la figura jurídica contractual, se lleva a cabo bajo un mecanismo que se define por las condiciones particulares de cada proyecto y los alcances de las responsabilidades y derechos de cada parte, en una relación similar a la existente entre los modos (género) y los títulos (especie) para adquirir el dominio; equivaliendo el modo al mecanismo de coparticipación, y el título a la figura jurídica contractual empleada, por ejemplo, el mecanismo BTO (especie) bajo un contrato de concesión (género).

En el Anexo 1 a este estudio, presentamos un gráfico de los mecanismos de coparticipación que se han analizado, en una ilustración que va desde el mayor peso del mundo público al lado izquierdo, hasta el del privado al lado derecho.

3.2 Sectores de Aplicación

Como principio general hay que tener claro que los variados modelos de asociación público privada se aplican a las áreas de la economía en las cuales el Estado interviene de alguna manera, esto es, aquellos sectores de la economía que tienen incidencia pública o afectan al desenvolvimiento de los ciudadanos y el país. Este principio está recogido en la Constitución de nuestro país, en su artículo 316, el cual se establece que el Estado es responsable por la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y otros, pudiendo prestarlos directamente, mediante empresas mixtas o excepcionalmente por delegación al sector privado. Este enunciado en concordancia con el precepto contenido en el artículo 41 de la Ley de Modernización del Estado, viene a sustentar que en el Ecuador los servicios públicos pueden constituirse en el segmento de la economía en el cual el Estado puede asociarse con la empresa privada.

De manera general podemos clasificar los sectores en los que se pueden aplicar los diversos mecanismos de coparticipación, de conformidad con el nivel de riesgo político-social para los ciudadanos y los gobiernos, y la rentabilidad que representen para el sector privado, según se plantea en el cuadro que consta a continuación:

+ Riesgo Político Social -	Salud Justicia Sanitario	Seguridad Pública Seguridad Social Aduanas Agua Potable Energía Pesca
	Indiferencia	Transporte Telecomunicaciones Minería Zonas Francas
	-	+
	Rentabilidad Privada	

3.3 Los organismos multilaterales y las asociaciones público privadas

3.3.1 El rol de los organismos multilaterales en los procesos de coparticipación

Los asuntos políticos, la seguridad, la salud pública, la criminalidad, el medio ambiente, el transporte e infraestructura, reflejan distintos elementos que no pueden por su numerosidad y complejidad continuar siendo manejados por un país de manera aislada, al tener carácter de problemas transnacionales. Alianzas globales, regionales y nacionales para tomar medidas de acción se gestan alrededor del rol fundamental que juegan los organismos multilaterales de crédito. Su función consiste en acercar a los gobiernos, la sociedad civil, las empresas multilaterales y los organismos internacionales respecto a asuntos específicos que revistan importancia, así como identificar mecanismos innovadores para enfrentar y manejar dichos asuntos.²⁰

Cuando nos referimos a organismos multilaterales, aludimos a las Naciones Unidas (PNUD), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Corporación Andina de Fomento (CAF), el Banco Asiático de Desarrollo (BAD), la Corporación para la Inversión Privada Extranjera (OPIC), el Banco Americano de Exportaciones e Importaciones (Eximbank), entre otros, así como las distintas agencias especializadas que forman parte de estas entidades tales como la Organización Americana de Aviación Civil OACI (adscrita a las Naciones Unidas), Organización Marítima Internacional OMI (adscrita a las Naciones Unidas), International Finance Corporation IFC (afiliada al Banco Mundial), International Investment Corporation IIC (afiliada al Banco Interamericano de Desarrollo), Multilateral Investment Guarantee Agency MIGA (afiliada al Banco Mundial), etc.²¹

La misión de los organismos multilaterales de manera general consiste en asistir a las naciones que son integrantes de ellas a erradicar la pobreza y mejorar los estándares de los ciudadanos en los países en vías de desarrollo. Se trata de entidades que apoyan la evolución de los Estados de medianos y bajos ingresos, asistiendo a sus gobiernos mediante el otorgamiento de créditos, asesoría en la implementación de políticas, cooperación técnica, y servicios de transferencia de Know How o conocimiento, promoción e incremento de plazas de trabajo, y capacitación a las personas pobres para aprovechar estas oportunidades.²²

²⁰ United Nations Development Plan, sitio web.

²¹ Se han utilizado las siglas de los organismos en español.

²² World Bank, sitio web.

Los multilaterales han evolucionado sus posturas comprendiendo que los objetivos de desarrollo de los países, así como los programas y estrategias que para ello se implementen, deben ser concebidos por sus respectivos gobiernos, a fin de resultar exitosos, y en este sentido se elaboran en la actualidad los nuevos convenios o acuerdos entre los organismos y sus Estados/gobiernos suscriptores o asociados. Cada multilateral tiene sus propios programas de apoyo, así como sus procedimientos y mecanismos para concretar acuerdos de asistencia.

Las entidades multilaterales cada vez con mayor fuerza consideran que la modernización de la administración pública no consiste simplemente en modernizar sus instituciones, sino más bien en acoger o implementar asociaciones dinámicas con entidades de la sociedad civil y del sector privado, con miras a mejorar la calidad de los servicios públicos y acercar así a los ciudadanos a los procesos y tomas de decisiones referidos a entidades públicas. Se persigue cada vez con más fuerza que los procesos de licitaciones de las asociaciones público privadas sean lo más transparentes y serios ante la opinión pública.

Respecto a los procesos de licitación de las asociaciones público privadas, los multilaterales ofrecen su cooperación técnica y económica a sus Estados miembros, mayoritariamente mediante la financiación de los estudios y asesorías especializadas que se requiere contratar como gobierno (u ente público concedente), para realizar los análisis técnicos, económicos, medioambientales y financieros que el proyecto requiera, sus documentos licitatorios, y las diversas alternativas o métodos bajo los cuales podría implementarse. La contratación de las asesorías bajo el régimen de las entidades multilaterales demanda procedimientos de concursos cuyos mecanismos varían según los montos y el organismo del cual se trate.

Una vez establecida la viabilidad de un proyecto de coparticipación, el organismo multilateral puede también prestar su contingente en la identificación de potenciales empresas o inversionistas interesados en participar en la licitación del proyecto, aportando así al mayor éxito del proceso, vía el acercamiento de agentes privados.

En la misma línea de acción, durante los últimos años ciertos organismos multilaterales han creado un segmento propio para asistencia o apoyo al sector privado, dirigido a financiar proyectos básicamente con finalidades o alcances públicos, siempre que los mismos hayan surgido de procesos de licitación pulcros y se encuentren sólidamente estructurados. En estos casos, un multilateral podría participar financiando a un adjudicatario privado de un concurso en un determinado porcentaje (generalmente no muy elevado 20- 25%), en conjunto con la banca privada, otros financistas, e incluso otros multilaterales.

Podemos concluir señalando que la participación de un multilateral en la estructuración y licitación de un proceso de asociación público privada, constituye además de un importante aporte de conocimientos, experiencia y financiamiento; un gran aval para los potenciales inversionistas y financistas del proyecto, debido a la imagen de transparencia y seguridad que su intervención genera. Por lo indicado, es recomendable que la entidad pública delegante busque la participación de un organismo multilateral para llevar a cabo su proyecto, asegurándose con ello mayores posibilidades de éxito.

3.3.2 Los Objetivos del Milenio y las Asociaciones Público Privadas

²³ En la reunión del Milenio de las Naciones Unidas sostenida en septiembre de 2000, los 189 líderes mundiales asistentes posicionaron al desarrollo en el centro de la agenda mundial, al adoptar lo que se llama los “Millennium Development Goals (MDGs)” u “*Objetivos de Desarrollo del Milenio ODM*”, a los que se aspira alcanzar hasta el año 2015, y que responden a los principales desafíos de desarrollo mundial.

Los Objetivos de Desarrollo de Milenio son las metas específicas de reducción de la pobreza más completas y que más amplio apoyo han obtenido en el mundo, por lo cual su importancia tiene muchas facetas. Para el sistema político internacional, representan la piedra angular en la que se basa la política de desarrollo. Para más de mil millones de personas que viven en condiciones de pobreza extrema, representan los medios necesarios para poder llevar una vida productiva.

Los ODM son fines en sí mismos, pero para esos hogares también son “insumos de capital”, es decir, medios para llevar una vida productiva, para el crecimiento económico y para mejorar el desarrollo. Los ODM relacionados con el hambre y la enfermedad forman parte del capital humano. Los ODM relacionados con el abastecimiento de agua y el saneamiento y con los habitantes de tugurios forman parte de la infraestructura. El Objetivo de la sostenibilidad natural es parte del capital natural.

El compromiso consiste en alcanzar los MDGs u ODM hacia el año 2015, a cuyo efecto se han establecido metas puntuales dentro de cada Objetivo, siendo éstos ocho:

- Objetivo 1: Erradicar la pobreza extrema y el hambre
- Objetivo 2: Lograr la enseñanza primaria universal

²³ United Nations Development Plan, MDG, sitio web.

- Objetivo 3: Promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer
- Objetivo 4 Reducir la mortalidad infantil
- Objetivo 5 Mejorar la salud materna
- Objetivo 6 Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades
- Objetivo 7 Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente
- Objetivo 8 Fomentar una asociación mundial para el desarrollo

Entre las metas para obtener el objetivo 8, se encuentran las siguientes:

Meta 12. Desarrollar aún más un sistema comercial y financiero abierto, previsible y no discriminatorio, basado en normas,. Se incluye el compromiso de lograr una buena gestión de los asuntos públicos y la reducción de la pobreza, en cada país y en el plano internacional.

Meta 13. Atender las necesidades especiales de los países menos adelantados.

Meta 18. En colaboración con el sector privado, velar por que se puedan aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías, en particular de las tecnologías de la información y de las comunicaciones.

Las estrategias para la reducción de la pobreza basadas en los ODM deben ofrecer una base para el incremento de escala de las inversiones públicas, la creación de capacidades, la movilización de recursos nacionales y la asistencia oficial para el desarrollo. También deben ofrecer un marco para reforzar la gobernabilidad, hacer participar a la sociedad civil y promover el sector privado. Como un elemento vital de dichas estrategias se encuentra la incorporación del sector privado a las inversiones en servicios e infraestructuras públicas.

Las estrategias de reducción de la pobreza basadas en ODM deben:

- Basarse en una evaluación de las inversiones y políticas necesarias para alcanzar los ODM para el año 2015.
- Precisar detalladamente las inversiones y presupuestos a nivel nacional para los tres a cinco años siguientes, inversiones que debieran realizarse en un porcentaje importante por el sector privado, a fin de liberar recursos públicos y reasignarlos para asistencia a las áreas de pobreza más críticas.
- Centrarse en la productividad rural, la productividad urbana, la salud, la educación, la igualdad de los géneros, el agua y el saneamiento, la sostenibilidad ambiental, y la ciencia, la tecnología y la innovación.

- Involucrar a las organizaciones de la sociedad civil en la adopción de decisiones y la prestación de servicios, y dotarlas de medios para poder supervisar y evaluar. En este punto, se trata de acercar a los ciudadanos al control de la calidad en la prestación de servicios y obras públicas de las cuales son usuarios.
- Preparar las bases de una estrategia de promoción del sector privado.
- Movilizar mayores recursos nacionales, del orden de cuatro puntos porcentuales del PNB, para el año 2015.
- Calcular la necesidad de asistencia oficial para el desarrollo.
- Describir una “estrategia de salida”, adecuada a la situación del país, para poner término a la dependencia respecto de la asistencia, con miras a alcanzar la autosustentabilidad económica.

Entre las recomendaciones para alcanzar los ODM, aquellas que guardan relación directa con las asociaciones público-privadas son las siguientes:

Recomendación 3:

- Los gobiernos de países en desarrollo deben preparar y ejecutar las estrategias de reducción de la pobreza basadas en los ODM mediante procesos transparentes y amplios, en estrecha colaboración con organizaciones de la sociedad civil, el sector privado nacional y los asociados internacionales.
- Las organizaciones de la sociedad civil deben contribuir activamente a elaborar políticas, prestar servicios y supervisar progresos.
- Las organizaciones y empresas del sector privado deben contribuir activamente a la elaboración de políticas y de iniciativas que promuevan la transparencia y, cuando corresponda, a la creación de asociaciones público-privadas.

Recomendación 5:

- Conjuntamente, los países desarrollados y los países en desarrollo deben poner en marcha en 2005 un grupo de iniciativas (“Quick Wins”) para salvar y mejorar millones de vidas y para promover el crecimiento económico. También deben desplegar un esfuerzo masivo para crear conocimiento especializado en el plano comunitario. El programa de capacitación masiva de trabajadores de base comunitaria debe estar encaminado a conseguir que, para el año 2015, cada comunidad local posea:

- Conocimientos especializados en salud, educación, agricultura, nutrición, infraestructura, suministro de agua y saneamiento, y gestión ambiental.
- Conocimientos especializados en gestión del sector público. Con ello se obtiene una asociación del sector privado al público, a base del acercamiento de los ciudadanos a la gestión pública.

Recomendación 8:

Los países de altos ingresos deben abrir sus mercados a las exportaciones de países en desarrollo en el marco de la Ronda comercial de Doha y ayudar a los países menos adelantados a aumentar su competitividad en materia de exportaciones mediante inversiones en infraestructura de importancia crítica relacionada con el comercio, incluyendo electricidad, carreteras y puertos. Estas inversiones debieran canalizarse en importante medida mediante asociaciones público-privadas, e inversión privada de riesgo.

No hay ninguna explicación contundente que demuestre en todos los casos por qué los Objetivos tienen éxito o fracasan, sin embargo se han identificado ciertos motivos que impiden alcanzar los Objetivos:

a) Fallos en la forma de gobernar

El desarrollo económico queda frenado cuando los gobiernos no realizan funciones como promover el imperio de la ley, desarrollar una política económica sólida, efectuar las inversiones públicas apropiadas, gestionar la administración pública, proteger los derechos humanos fundamentales y apoyar a las organizaciones de la sociedad civil.

Las políticas económicas sólidas entrañan un equilibrio racional de responsabilidades entre el sector privado y el sector público para lograr un progreso económico amplio y sostenido. El sector privado es el motor del crecimiento en lo que se refiere a la producción. El sector público instala el marco y el entorno propicios para el crecimiento, estableciendo para ello políticas macroeconómicas sólidas y proporcionando factores públicos como la infraestructura, la educación y la salud pública, así como apoyo a la ciencia y a la tecnología, directamente o mediante diversos mecanismos de PPP.

Las inversiones públicas revisten importancia crucial para una economía de mercado “de base privada”. Las economías que tienen éxito dependen mucho de los gastos públicos en esferas de importancia crítica como la salud, la educación, la infraestructura (red eléctrica, carreteras, puertos marítimos), la gestión ambiental

(parques nacionales y reservas protegidas, agua y saneamiento), la información y las comunicaciones.

La administración pública responsable y eficaz requiere que haya transparencia y administradores cualificados, motivados y debidamente remunerados. También requieren sistemas eficaces de gestión, desembolsar grandes inversiones y seguir su desarrollo, así como sistemas de vigilancia y evaluación. Muchos países pobres que carecen de los recursos adecuados para abonar salarios decentes —o mecanismos para controlar los abusos— no están en condiciones de permitirse que haya un sector público eficaz, de modo que acaban sufriendo por las ineficiencias en gran escala y el desperdicio de recursos.

La participación y un compromiso fuerte de la sociedad civil revisten importancia crucial para la eficacia de la gobernabilidad, pues ponen en primer plano a agentes importantes, aseguran la idoneidad de las inversiones públicas, conducen a la adopción de decisiones que son las que mejor corresponden a las necesidades de la población tal como ésta las percibe, y sirven de vigilantes para el desarrollo y la ejecución de políticas gubernamentales. El sector privado es, sin duda, el sector en el que hay que crear los puestos de trabajo y donde ha de tener lugar el crecimiento a largo plazo de los ingresos.

b) Trampas de la pobreza

Muchos países bien gobernados son demasiado pobres para ayudarse a sí mismos. Muchos gobiernos bien intencionados carecen de recursos fiscales para invertir en infraestructura, servicios sociales, gestión ambiental e incluso de la administración pública necesaria para mejorar la gobernabilidad. Además, docenas de países pobres y de ingresos medios muy endeudados se ven obligados por los gobiernos acreedores a desembolsar grandes proporciones de sus limitados ingresos impositivos para el servicio de la deuda, lo que socava su capacidad de financiar inversiones vitales en capital humano e infraestructura.

Los motivos para no alcanzar el desarrollo son claros: carecen de la infraestructura básica, de capital humano y de administración pública, que son los cimientos del desarrollo económico y del crecimiento impulsado por el sector privado. Sin carreteras, ni nutrientes para el suelo, ni electricidad, ni combustibles para cocinar con seguridad, ni clínicas, ni escuelas, ni viviendas adecuadas y asequibles, la población padece crónicamente hambre, se ve aquejada por enfermedades y no está en condiciones de ahorrar. Sin salarios adecuados en el sector público y sin tecnología de la información, la gestión pública adolece crónicamente de debilidad. Esos países no pueden atraer corrientes de inversiones privadas ni retener a sus trabajadores capacitados.

Entre otras características de los países en vías de desarrollo se encuentran los bajos ingresos impositivos: Los gobiernos carecen de recursos presupuestarios para las inversiones públicas y para una administración pública que utilice administradores cualificados y modernos sistemas de información.

También se presentan en los países pobres escasas inversiones extranjeras, ya que los capitalistas foráneos se apartan de las economías que carecen de infraestructura básica: por ejemplo, cuya red eléctrica, carreteras, puertos y sistemas de comunicación sean costosos y poco fiables. Todos estos resultados adversos refuerzan y amplifican la pobreza. Sin ahorros privados, sin inversiones públicas y sin inversiones extranjeras no se puede mejorar la productividad. Cuando hay éxodos de cerebros, crecimiento demográfico, degradación ambiental y riesgo de violencia, la situación de un país se deteriora.

La forma de superar la espiral de la pobreza consiste en incrementar el inventario de capital de la economía hasta el punto en que la pendiente en descenso se termine, dando paso al crecimiento económico autosostenible. Para ello se requiere un fuerte impulso de inversiones básicas en administración pública, capital humano (nutrición, salud, educación) e infraestructura fundamental (carreteras, red eléctrica, puertos, agua y saneamiento, gestión ambiental). Estas inversiones pueden en gran medida llevarse a cabo por el sector privado, como gestor y financista de servicios e infraestructuras públicas, en equilibrio racional con el sector público y los controles y regulación que de éste deben derivar, teniendo como referente a la comunidad de usuarios y a su vez supervisores de última instancia de la calidad de dichos servicios y obras.

Los ODM brindan un marco sólido para determinar las inversiones que deben realizarse, identificando metas de inversión pública—agua, saneamiento, mejora de los tugurios, educación, salud, gestión ambiental e infraestructura básica— con miras a la reducción de la pobreza, el mejoramiento del capital humano y la protección del medio ambiente. Alcanzando los ODM, los países pobres pueden establecer una base adecuada de infraestructura y capital humano que les permitirá eludir la trampa de la pobreza.

Las asociaciones público privadas guardan estrecha relación con los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Corresponde al sector público el establecimiento del marco y el entorno adecuado para el crecimiento, vía la generación de reglas claras, seguridad jurídica y políticas macroeconómicas sólidas, que destinen las inversiones públicas hacia los sectores sociales no lucrativos, y a su vez atraigan las inversiones privadas hacia aquellos sectores de servicios, obras y transporte rentables, con lo cual los diversos mecanismos de asociaciones público privadas se

configuran como un elemento clave para la consecución de los ODM, y como un mecanismo valioso para alcanzar el desarrollo de los países rezagados.

3.4 Naturaleza financiera de los mecanismos de coparticipación: “project finance”

3.4.1 Conceptos básicos

La expresión “project finance” se utiliza generalmente para referirse a una estructura financiera sin recursos o con recursos limitados, en la cual la deuda, el patrimonio o el acceso a crédito se combinan para la construcción y operación, o el refinanciamiento, de una infraestructura específica afecta a una industria de altos requerimientos de capital, en la cual los financistas basan la entrega de recursos en los ingresos proyectados de la operación de la infraestructura, más que los activos generales o el crédito del promotor de la infraestructura; pudiendo constituirse los activos de la infraestructura, incluyendo todos los contratos que produzcan ingresos y otros flujos generados por ésta, como garantía o colateral por la deuda.²⁴

También se puede utilizar “project finance” para definir un amplio rango de estructuras financieras. Estos mecanismos tienen algo en común, su financiamiento no depende inicialmente del respaldo del crédito de su promotor o del valor de los activos físicos afectos al negocio. Quienes proveen el crédito, lo hacen por su alto nivel de confianza en los resultados del proyecto en sí. En un project finance, los términos del endeudamiento no están basados en el respaldo crediticio de su promotor o auspiciante, ni en el valor de los activos del proyecto, sino más bien en los resultados del mismo, tanto técnicos como económicos, los cuales constituyen su núcleo²⁵.

Un proyecto puede generarse a partir de un rango de aporte casi total por parte de los promotores, hasta un completo apalancamiento u obtención de crédito. El financiamiento total es en realidad una técnica de estructuración distinta al project finance, conocida como préstamo directo. Por lo tanto, cuando nos referimos a project finance, estamos tratando de estructuraciones financieras más complejas que aquellas que se basan en préstamos, se tratará por lo general de una mezcla de productos financieros y de aportes de diversos integrantes.

²⁴ Scott L. Hoffman, “The law and business of international project finance”, second edition, Transnational Publishers Inc-Kluwer Law International, 2001, pg. 4.

²⁵ Scott L. Hoffman, ob. Cit, pg. 5.

Como se mencionaba anteriormente, un project finance puede generarse *sin recursos* de sus promotores, con lo cual el financiamiento del proyecto no representa obligaciones ni deudas para éstos (el riesgo total del proyecto se basa en sus propios flujos y resultados); o, con *recursos limitados*, en cuyo caso los auspiciantes adquieren obligaciones y deudas a cambio del financiamiento. Ésta última es la modalidad más usual de los project finance.

La determinación de cuántos activos se necesitan para respaldar un financiamiento se establece a base de los riesgos específicos de cada proyecto, y de la disposición que exista en el mercado de capitales para asumir esos riesgos. Por ejemplo, si los prestamistas perciben que existe un riesgo sustancial durante la fase de construcción de un proyecto, pudieran requerir al promotor que éste aporte con más patrimonio si el riesgo se materializa; en el mismo caso el financista tendría acceso al patrimonio del promotor hasta que el riesgo se encuentre mitigado o hasta que la construcción concluya. Terminada esa etapa, las exigencias de los prestamistas disminuirían, constituyéndose los propios flujos del proyecto en su única fuente de repago, sin garantías del promotor.

En otras palabras, el diseño de un project finance buscará en la mayor medida controlar o mitigar los riesgos que pudieren surgir en el curso del proyecto. Los riesgos más críticos para los financistas son los de aumento de los costos, disminución de los ingresos, demoras en la ejecución de las obras y la entrega de las edificaciones, entre otros. Un análisis más profundo de los riesgos de los proyectos se hará en el siguiente capítulo, por lo cual no profundizaremos en este tema por ahora.

En definitiva, por los criterios mencionados en este numeral, y los que se verterán a lo largo de este capítulo, las coparticipaciones público privadas constituyen por la propia naturaleza de los negocios que las conforman, verdaderas estructuraciones financieras de project finance.

3.4.2 Aplicaciones de los project finance

En los países en vías de desarrollo, donde la demanda de infraestructura supera en gran medida a los recursos económicos existentes para edificarla, un project finance es la solución más viable para el financiamiento de ésta. También en los países que se encuentran evolucionando de una economía centralizada hacia una economía de mercado, constituyen una herramienta para sustituir o para mejorar la infraestructura que no ha recibido un mantenimiento adecuado a lo largo de años. Los requerimientos de enormes sumas de capital y deuda, junto a los riesgos que derivan de la ejecución de grandes proyectos, convierten al project finance en una de las pocas alternativas financieras que tienen tanto los gobiernos como el sector

privado que pretenda acceder a ellos en los sectores de energía, infraestructura y transporte.²⁶

A modo de ejemplo, citaremos algunas asociaciones público privadas que suelen desarrollarse utilizando project finance:

- *Facilidades portuarias, aeroportuarias y de transporte en general*, las cuales demandan altos costos en su construcción, y gran ejecutividad en su mantenimiento y gestión. Este tipo de negocios resultan atractivos para proveedores de recursos, quienes participan bajo estas estructuraciones financieras.
- *Carreteras y vías*, cuyo intenso requerimiento de capitales logra atraer financiamiento debido al atractivo de los flujos generados por los peajes, liberando a su vez libera a los gobiernos de la carga de la inversión.
- *Oleoductos y refinerías*, cuyo desarrollo anteriormente se llevaba a cabo con dinero de los gobiernos, y actualmente se realiza con financiamiento generado en este tipo de mecanismos.
- *Minería*, especialmente en Chile, Perú y Australia para la explotación de cobre, hierro y bauxita.
- *Agua potable* (recolección, tratamiento y purificación, distribución, riego), ha sido uno de los más recientes sectores en atraer financiamientos bajo estos mecanismos, debido a su alto componente social (naturaleza agrícola del riego, atención a sectores rurales, tarifas fuertemente controladas). Sin embargo al mismo tiempo se trata de un mercado monopólico y rentable, por lo cual ya se ha iniciado el uso de estas estructuraciones.
- *Energía eléctrica*, en sus diversas segmentaciones: generación, distribución, comercialización. Tradicionalmente se ha tratado de un sector en el cual los recursos se encuentran en propiedad de un monopolio público verticalmente integrado, financiado por el Estado, y generalmente subsidiado por los gobiernos o por subsidios cruzados impuestos a ciertos grupos de consumidores. Se trata de proyectos fuertemente atractivos para financistas e inversionistas, debido a los flujos de fondos permanentes que se perciben, y al importante respaldo de los activos que los integran.
- *Telecomunicaciones*, cuya demanda se incrementa vertiginosamente sin importar si se trata de países desarrollados o en vías de ello.²⁷

²⁶ Scott L. Hoffman, ob. Citada, pg. 11.

²⁷ Scott L. Hoffman, ob. citada, pg. 20.

3.4.3 Elementos básicos de los project finance

Los elementos fundamentales de un project finance se repiten en casi todas las estructuraciones:

- Financistas gubernamentales, multilaterales e institucionales;
- Deuda bancaria;
- Títulos de deuda subordinada emitidos por el promotor u otros participantes;
- Mecanismos de garantía, tales como derechos sobre el contrato y los flujos del proyecto;
- Mecanismos de mejoramiento crediticio por parte de los promotores o de terceros, para sustentar la distribución de riesgos;
- Patrimonio, activa o pasivamente involucrado en la administración del proyecto.²⁸

La estructura específica de cada proyecto se diseñará considerando sus múltiples variables, así como los objetivos para los cuales se lo implementa.

Cada parte involucrada asumirá los riesgos que deriven de los elementos del proyecto que por su propia naturaleza le corresponda asumir.

3.4.4 Principales actores de un project finance

Dentro de los múltiples esquemas que puede adoptar un project finance, podemos afirmar que los actores que se verán involucrados en él serán algunos de los que constan a continuación:²⁹

- *Promotor(es) del proyecto*: Se trata de la institución o grupo de ellas, que desarrollarán el proyecto, y que por ende obtendrán beneficios económicos o de otra naturaleza de la explotación del mismo.
- *Empresa del proyecto (delegataria)*: La figura jurídica que se utilice para llevar a cabo el proyecto puede según el caso ser distinta de los propios promotores. Generalmente, para mayor transparencia y facilidad de obtener financiamiento, un proyecto se desarrollará como una empresa independiente, con su propia personería jurídica y contabilidad, pudiendo ser ésta la titular de la propiedad, construcción, mantenimiento y operación del proyecto. Se definirá la estructura de la empresa a base de la legislación local que regule el proyecto, las condiciones existentes para la inversión

²⁸ Scott L. Hoffman, ob. citada, pg. 12.

²⁹ Scott L. Hoffman, ob. Citada, pg. 104.

extranjera en el país en que se desarrolle éste, las limitaciones al endeudamiento, los requerimientos de inversión local, la legislación tributaria vigente, entre otros factores.

- *Entidad financista-inversionista*: Se refiere a los agentes que entregan créditos al proyecto, pudiendo ser los propios promotores (quienes han aportado por ejemplo con terrenos u otros bienes al proyecto, y esperan recuperar su contribución en dinero más intereses), o entidades comerciales tales como bancos, compañías de seguros, u otros prestamistas, que pueden ser locales o del exterior. Cuando la magnitud del proyecto así lo demanda, suelen gestionarse créditos sindicados, por manera de diversificar los riesgos entre varias instituciones financieras y Estados. Este tipo de prácticas desincentiva al gobierno local a realizar actos de expropiación o medidas arbitrarias en contra del proyecto. Cuando existe multiplicidad de financieras, también pueden generarse créditos con distintas categorías en cuanto a su compromiso de repago, por ejemplo con lo que se conoce como deuda subordinada; así como diversas condiciones en cuanto a los términos de las tasas de interés y los plazos. En este esquema entra el financiamiento y/o las aportaciones a riesgo parcial o total, generalmente realizadas por los propios promotores, o también por terceros, quienes obtienen la total rentabilidad del negocio si el mismo tiene éxito, o pierden su contribución si fracasa.
- *Bancos*: Se trata de los múltiples roles que pueden desempeñar los bancos cuando se ha conformado un sindicato o concordato de prestamistas:

Banco organizador: Será el banco que se encargó de gestionar y estructurar la agrupación de los prestamistas para financiar el proyecto.

Banco principal o líder: Define al banco que tiene el status de mayor miembro del sindicato, sin que signifique que tenga responsabilidades ulteriores a las de los otros miembros.

Banco agente: Será el encargado de la administración de los créditos y de sus garantías. Su responsabilidad consistirá en coordinar los desembolsos de dinero, monitorear el adecuado cumplimiento del prestatario, manejar la correspondencia con éste, y recopilar resoluciones de los miembros del concordato cuando se requieran.

Banco especialista: Su rol consistirá en monitorear el cumplimiento de los aspectos técnicos y de ingeniería del proyecto, debiendo reportar esta información al concordato de bancos.

- *Tenedores de Bonos*: Se trata de otra fuente de crédito, para acceder a la cual el proyecto emite bonos o papeles de deuda, los cuales son adquiridos por terceros.
- *Organismos o agencias multilaterales*: Se refiere al Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, Corporación Andina de Fomento, entre otras, cuyo rol ha sido ya analizado en el numeral 3. 4 de este capítulo.
- *Entidades calificadoras de riesgo*: Cuando los proyectos se financian a través del mercado de valores, se requiere contar con una calificación del riesgo o rating que representan, por lo cual la intervención de este tipo de entidades surge en las etapas iniciales de los proyectos, con la finalidad de determinar los mecanismos y estructuras más adecuadas para obtener recursos con el menor riesgo posible.
- *Proveedores*: Se trata de quienes suministran materia prima, energía u otros insumos básicos para el proyecto. Los términos económicos de los contratos con los proveedores son de suma importancia para los promotores y los prestamistas, particularmente en cuanto a la capacidad de los proveedores de cumplir sus compromisos a tiempo y con la calidad pactada, así como a los términos de los pagos acordados con éstos.
- *Usuarios o Compradores*: Se refiere a quienes adquirirán todo o parte de la producción o el servicio generado por el proyecto. En ciertos casos este agente puede estar comprometido incluso a apoyar al proyecto en su acceso a créditos, dependiendo de su interés en mantener una relación de adquisición a largo plazo.
- *Constructor*: Es la figura encargada de la construcción del proyecto. Será el responsable de controlar o limitar los costos durante este período, con la finalidad de cumplir con el presupuesto aprobado, y también el responsable técnico de edificar la obra.
- *Operador*: Será el responsable de la operación, mantenimiento y reparación del proyecto. En algunos casos este rol es asumido por alguno de los promotores del proyecto, en otros, se contrata a un tercero bajo la figura de un contrato de operación.
- *Asesor financiero*: Se trata de un especialista que asesora a los promotores del proyecto para la obtención de financiamiento, el cual tiene diversas responsabilidades como la preparación del memorando de información (que es una especie de documento de promoción del proyecto). Generalmente este trabajo lo prestan los bancos comerciales.
- *Consultores*: Se refiere a los especialistas que se necesitan para estructurar el proyecto, tales como consultores técnicos (ingenieros, comisionistas de seguros, ambientalistas) y abogados. Su función consiste en prestar asistencia especializada dentro de sus respectivas áreas, tanto a los promotores como a los financistas, preparando informes, estudios de factibilidad, análisis de riesgos, borradores de contratos, asistencia tributaria, etc.

- *Gobiernos locales*: Consiste en el gobierno de la localidad en la que se desarrolla el project finance. Generalmente se verá implicado en el proyecto bien sea como emisor de los permisos o autorizaciones que se requieran para llevarlo a cabo, como garante de ciertas condiciones tributarias o monetarias, e incluso como financista. Cuando se trata de proyectos BOT o BTO, será el titular de las facilidades o infraestructuras afectas al proyecto, pudiendo variar su participación según la modalidad de la que se trate. Un rol importante de los gobiernos locales consiste en la asunción de riesgos que resulten demasiado altos para las otras partes, y relativamente controlables para los primeros.
- *Aseguradoras*: Las compañías aseguradoras cumplen la función de mitigar los riesgos inherentes a los proyectos, tanto de índole comercial como política. Generalmente se diseñan paquetes de seguros para cubrir los requerimientos específicos de cada proyecto, buscando cubrir los riesgos a precios razonables.

Es fundamental considerar que en cualquier clase de project finance existe una multiplicidad de riesgos inmersos, que corresponderá asumir a los diferentes actores que participan en él, dependiendo de sus respectivas responsabilidades y perfiles.

Como anexo 2 a este estudio se encontrará un cuadro que ilustra la participación de los distintos actores en un project finance.

3.4.5 Opciones de financiamiento distintas a los project finance.

Con el objetivo de ilustrar mejor la real utilidad y complejidad de un project finance, vamos a mencionar algunas alternativas de estructuraciones financieras distintas a él:³⁰

- i Fondos gubernamentales: créditos, garantías, avales;
- ii. Inversiones gubernamentales;
- iii. Créditos de terceros vinculados con el proyecto: proveedores, compradores, constructores;
- iv. Créditos de organismos multilaterales, basados en los activos de los promotores o del gobierno local;

³⁰ Scott L. Hoffman, ob. Citada, pg. 28.

- v. Recursos del mercado de capitales, a base de los activos de los promotores o del gobierno local;
- vi. Titularización de los flujos de fondos del proyecto.

Como puede apreciarse, todas las opciones de financiamiento individualmente mencionadas en este apartado, se integran para en conjunto estructurar un project finance.

3.5 Relación riesgo-retorno, justificación del proyecto para el privado

3.5.1 Análisis de la financiación de un proyecto

Todo inversionista privado realizará un análisis del riesgo financiero de un proyecto, y medirá el mismo en proporción directa con el retorno que pudiere generarle. Como conclusión de esa evaluación, el inversionista decidirá si participa o no en el proyecto. Parte del análisis del riesgo y su retorno, se basa en las fuentes en las que se financiará el proyecto. Vamos a analizar el elemento de la financiación de los proyectos y sus riesgos, exclusivamente desde la perspectiva de un proyecto B. T. O; por tratarse del mecanismo más frecuentemente utilizado en Latinoamérica.

³¹Existen tres elementos determinantes para obtener la financiación de un proyecto B. T. O:

- Los flujos del proyecto deben ofrecer una rentabilidad atractiva al capital de riesgo;
- El valor de las garantías, colaterales y seguros afectos al proyecto deben brindar certeza a los acreedores con respecto al pago de las deudas; y,
- La estructuración financiera debe estar configurada de manera que los riesgos del proyecto en sí se encuentren debidamente separados de los riesgos que corresponden a los promotores.

El financiamiento de proyectos B. T. O. se distingue o diferencia de los financiamientos tradicionales por los siguientes elementos:

³¹ Sergio Hinojosa Ramírez, "Concesiones de Infraestructura Vial en Chile", Serie de Documentos Concesiones de Infraestructura Vial en Chile, Ministerio de Obras Públicas – Unidad de Estudios de Concesiones, Abril 1997, pg. 30.

- El activo principal del proyecto, siempre queda en manos del Estado, y nunca del privado, por lo cual no puede colocarse dicho activo como garantía o colateral;
- Los contratos son generalmente de plazo fijo, de alrededor de 20 años, por lo cual debe considerarse en la estructuración financiera todos los factores de riesgo del proyecto, con la finalidad de permitir la recuperación de las inversiones dentro de ese plazo;
- No existen generalmente antecedentes históricos locales en la estructuración de proyectos comparables para el privado, por lo que el análisis y la estructuración se deben realizar con mucha acuciosidad, especialmente en los aspectos de evaluación de los costos y flujos de caja;
- Participación activa de diversos agentes a lo largo del proyecto: Empresa del Proyecto (delegataria), Promotores - Accionistas, Financistas, Inversionistas, Aseguradores, Compradores, Proveedores, Organismos Multilaterales, Gobiernos, Contratistas, y Consultores.

Por lo expuesto, los estudios que se realicen deben establecer con un alto nivel de certeza, que los ingresos o flujos futuros del proyecto resultarán suficientes a lo largo del plazo del mismo, como para cubrir los costos, pagar las deudas y producir un retorno al inversionista.

3.5.2 Fuentes de Financiamiento

Cualquier proyecto para su financiación tendrá dos fuentes de obtención de recursos:³²

- a) Capital o patrimonio
- b) Deuda

Generalmente para un proyecto B. T. O. se utilizarán ambas fuentes, ya que por la magnitud de los recursos que demandan y los niveles de riesgo que representan, es poco probable que se obtenga financiamiento suficiente por una sola de las fuentes. Es importante precisar que la participación en el patrimonio o capital de un proyecto reviste un riesgo considerablemente alto, ya que lo que se recuperará será resultado del éxito o el fracaso del negocio en sí, debiendo por ende esperarse dicho resultado. Como contraparte del riesgo patrimonial, está el riesgo crediticio, en el cual el prestamista entrega recursos bajo la modalidad de deuda, que deberá ser pagada en los plazos, condiciones y tasas previstas, sin consideración al resultado exitoso o no del proyecto. Por lo indicado, el nivel de riesgo de la financia-

³² Sergio Hinojosa Ramírez, ob. Citada, pg. 32.

ción vía deuda es menor que la de capital. Existen también modalidades de financiamiento que pueden considerarse híbridas, tales como las obligaciones convertibles en acciones, que son en primera instancia títulos de deuda, pero pueden redimirse como títulos patrimoniales; y, los títulos de deuda subordinada.

A continuación presentaremos un detalle de las diversas opciones de financiamiento según la fuente de la que se trate:

a) Alternativas de Financiamiento para el Capital:

a.1) Promotores del Proyecto: dentro de un Project Finance, se aspira a que los promotores del proyecto realicen el mayor aporte en términos del capital de riesgo al proyecto, a través de aportes directos y/o emisión de acciones de las empresas participantes en el consorcio promotor.

a.2) Inversionistas Institucionales: también podrían participar en el capital de un proyecto inversionistas institucionales. En este grupo de inversionistas se encuentran:

- Los fondos de inversiones: Manejados por Administradoras de Fondos de Inversión. Las limitaciones a la participación de fondos de inversión en el capital de un proyecto están regulados en el Ecuador por la legislación de mercado de valores, por las propias normas internas de la Administradora de Fondos y por la normativa que crea y rige cada Fondo en particular.
- Los fondos de pensiones: En el Ecuador no existen este tipo de fondos, ya que aún no se viabiliza la existencia de empresas privadas de seguridad social. Sin embargo en otros países, especialmente en Chile, los fondos de pensiones constituyen una importante fuente de aporte al capital de riesgo de proyectos B.T.O.
- Las Compañías de seguros: En Ecuador la ley les permite invertir un determinado porcentaje en el capital de proyectos privados, respetando ciertos parámetros y características.

Los límites de participación en el accionariado de los proyectos para este tipo de inversionistas, dependerá de la normativa local del país en el cual se desarrollen, así como en el tamaño del fondo o la empresa en cuestión proporcionalmente con el del proyecto.

a.3) Inversionistas No Institucionales: Se refiere a personas naturales o empresas privadas que pudieran estar interesadas en participar en el proyecto aportando capital de riesgo. Una manera de acceder a este tipo de inversión consiste en

la suscripción pública de acciones, la cual se realiza por medio de la bolsa de valores, atrayendo así potenciales interesados en invertir en el capital del proyecto.

b) Alternativas de Financiamiento vía Deuda:

Los instrumentos o títulos de deuda que pueden emitirse para obtener financiamiento, son los siguientes: pagarés, letras de cambio, bonos, obligaciones simples, obligaciones convertibles en acciones, títulos de deuda subordinada, titularización de flujos de caja, entre otros. Debe considerarse que existe generalmente la posibilidad de comercializar los títulos de deuda en el mercado, antes de su fecha de vencimiento, con lo cual se podría considerar que, aplicando una tasa de descuento fijada por el mercado al momento de la venta, se trata de inversiones redimibles o con cierto grado de liquidez. Con lo indicado queremos ilustrar que la financiación en deuda emitida por los proyectos en cuestión, no es necesariamente de largo plazo para el acreedor, ya que podrían venderse los títulos en el momento que así se lo requiera.

Las fuentes para la obtención de crédito para los proyectos son:

b.1) Bancos privados: La banca privada suele ser una fuente de crédito importante para este tipo de proyectos. En el Ecuador, sin embargo, por la magnitud de los requerimientos de recursos que demandarían proyectos de esta naturaleza, y por las políticas de mitigación de riesgos de la banca, a más de las estrictas normas emitidas por las entidades de control del sector, el acceso a créditos es limitado, además de onerosos en cuanto a los intereses exigidos. Una alternativa válida para mejorar los cupos de crédito y las tasas de interés de un proyecto con la banca local, constituye la sindicación de créditos entre varias instituciones financieras.

En cuanto a la banca internacional, también suele participar en el financiamiento de estos proyectos en diversas partes del mundo. El mayor obstáculo que se encuentra para obtener éste financiamiento consiste en el riesgo del tipo de cambio, para cuyo paleamiento existen diversos productos financieros y seguros.

b.2) Prestamistas Institucionales: En esta categoría nos remitimos a los mismos agentes que se mencionaron previamente en el apartado a.2). La diferencia en este caso consiste en que no se trata de inversión en capital de riesgo de los proyectos, sino en la adquisición de títulos de deuda emitidos por éstos, los cuales por su propia naturaleza revisten un riesgo menor. Las limitaciones a la participación en el financiamiento de estos proyectos, dependerán del tipo de inversionista del cual se trate, en directa relación con la legislación local.

b.3) Mercado de Capitales: En el mercado internacional de capitales existe amplia experiencia en el financiamiento de asociaciones público privadas. Hay diferentes modalidades de financiamiento, que dependen del tipo de mercado al cual se desee acceder, las que van desde un “private placement”, que consiste en la colocación a un grupo reducido de inversionistas institucionales (normalmente fondos de pensión, compañías de seguro y fondos de inversión), hasta colocaciones abiertas de bonos en los mercados, ya sea en Estados Unidos o en los mercados europeos (eurobonos). Nuevamente la principal restricción para una participación activa de financiamiento externo vía bonos está por el lado del seguro de cambio.³³

b.4) Organismos Multilaterales: Una fuente tradicional de financiamiento para este tipo de proyectos, lo constituyen las agencias multilaterales, entre las que destacan la IFC (ligada al Banco Mundial) y la IIC (ligada al BID). Por lo general, contar con la participación de estas agencias constituye una especie de “aval” ante la comunidad financiera internacional indicando que el proyecto es razonable. Estas entidades suelen operar bajo la modalidad de créditos directos en función de la calidad de los promotores del proyecto y de éste en sí. En particular el BID está apoyando los proyectos que: a) sean financiera, legal, técnica, económica y ambientalmente sustentable; b) dispongan de la capacidad gestora, institucional y estructural para ejecutar el proyecto; y c) cumplan los cánones financieros internacionales en lo relativo a viabilidad, garantías y estructura legal.

Por su parte, el Banco Mundial está financiando garantías de riesgo parcial las cuales se relacionan con la capacidad de cubrir riesgos políticos y soberanos y con el cumplimiento de los compromisos del gobierno en el contrato de delegación. Asimismo está financiando garantías de crédito parcial que implique el refinanciamiento de parte de concesionarias a través de la emisión de instrumentos. En ambos casos se requiere entrega de una contragarantía estatal.³⁴

b.5) Titularización de flujos de fondos:- Otra modalidad de obtener financiamiento consiste en la titularización de los flujos de fondos futuros que el proyecto genere. El vehículo más frecuentemente utilizado para estructurar este mecanismo es el fideicomiso. La empresa del proyecto o delegataria aporta al patrimonio fiduciario todos o parte de los flujos de fondos que genere el proyecto, y con el respaldo de dicho patrimonio o bolsa se emiten títulos que se comercializarán en el mercado. Dichos títulos confieren el derecho a ser redimidos bajo las condiciones en que fueron emitidos, y, generalmente podrán comercializarse en el mercado secundario a una tasa de descuento. Los acreedores cuentan así con el respaldo de

³³ Sergio Hinojosa Ramírez, ob. Citada , pg 32.

³⁴ Sergio Hinojosa, ob. Citada, pg. 35.

los flujos para el repago de sus créditos. Las características de riesgo que tengan los títulos dependerán de cada caso en particular.

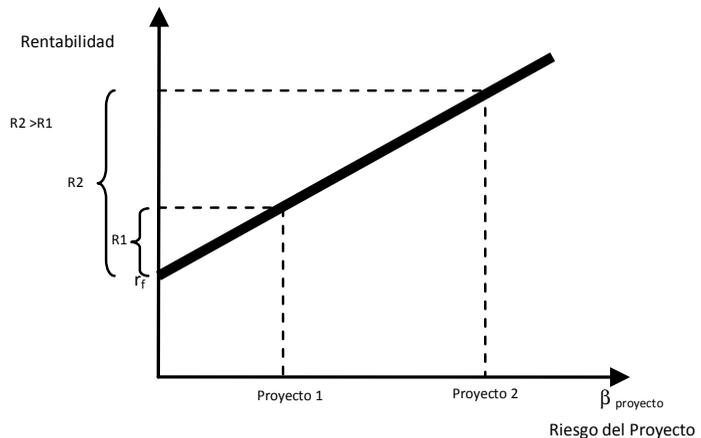
Como Anexo 3, se encontrará un cuadro que ilustra las fuentes de financiamiento a las que puede recurrirse en los project finance.

3.5.3 Relación existente entre el riesgo y el retorno de un proyecto

Un project finance puede analizarse desde la óptica financiera bajo un enfoque de rentabilidad versus riesgo. La rentabilidad de un proyecto B. O. T. comprende tanto las utilidades generadas por la obra construida en sí, como aquellas que resulten de la explotación de los servicios derivados o conexos a dicha obra.

Es evidente que cualquier inversionista aspirará a obtener una rentabilidad alta, y de preferencia con una desviación baja de la tasa de retorno esperada.

En la medida que es mayor el β_{proyecto} (riesgo del Proyecto) que corre el inversionista, mayor será la rentabilidad (r_f) exigida al proyecto de manera de compensar adecuadamente el mayor riesgo que no puede diversificarse o distribuirse entre otros agentes³⁵, tal como puede apreciarse en el gráfico que se muestra a continuación:



³⁵ Sergio Hinojosa, ob. Citada, pg. 19.

Tal como se analizará en el capítulo cuarto de este estudio, en toda asociación público privada deberán distribuirse los riesgos, en función de quién sea parte más apta para asumirlos.

Mencionaremos ciertos riesgos que tienen una incidencia directa en la rentabilidad del proyecto:

- *Riesgo de Construcción*³⁶: se refiere a que la inversión requerida resulte superior a la estimada, lo que produce inmediatamente una contracción de la rentabilidad esperada del proyecto y una reasignación de los recursos. En particular el riesgo de sobrecostos en la construcción obliga al privado a pensar en la posibilidad de realizar un aporte de capital mayor o a obtener financiamiento adicional en la etapa de construcción una vez cerrado el financiamiento inicial.

Dentro de la etapa de la construcción, existe también el riesgo del atraso de las obras más allá del plazo inicialmente establecido en la etapa de evaluación del proyecto, resultando imposible para el proyecto comenzar a recibir ingresos que permitan cubrir sus compromisos financieros en el tiempo inicialmente estimado.

- *Riesgo de la demanda o de los ingresos*³⁷: Se refieren a que la demanda esperada resulte diferente a la real. Las causas de lo anterior son variadas y pasan por cambios en los hábitos de los usuarios, opciones de servicios u obras alternativas, contracción de la actividad económica, cambios en la disposición a pagar, etc.

En el caso de desear los promotores de una coparticipación, asumir la mayor parte de los riesgos, resultaría que el premio por riesgo sería demasiado alto, obligándolos a solicitar una tasa de retorno esperada consistente con el riesgo asumido. De esta forma las condiciones del negocio serían demasiados exigentes, provocando que las variables económicas resulten excesivamente costosas para los usuarios, aún cuando el proyecto pueda levantarse y financiarse. Por lo tanto, la adecuada distribución de los riesgos lleva a que la rentabilidad del proyecto resulte atractiva para el promotor sin constituirse en onerosa para el usuario; y, al contrario, la errónea distribución de los riesgos, con una carga excesiva para el privado, puede incluso resultar rentable para éste, pero llevará a que se grave al usuario con tarifas altas, con lo cual no se cumpliría el fin principal de los proyectos de coparticipación.

³⁶ Sergio Hinojosa, ob. Citada, pg. 20.

³⁷ Sergio Hinojosa, ob. Citada, pg. 20.

En este sentido el Estado puede participar de dos maneras con la finalidad de bajar el riesgo de los proyectos y hacerlos más atractivos³⁸:

1.- Subsidiar los proyectos elevando la rentabilidad esperada y obteniendo un perfil de riesgo - retorno atractivo;

2.- Asumir riesgos a través de la entrega de compensaciones, garantías y seguros al delegatario o sus financistas.

La opción que han adoptado algunos Estados ha sido la segunda y la forma en que se ha asumido los riesgos ha sido bajo el principio general por el cual si los riesgos pueden ser asumidos por el mercado, entonces el Estado no participa. En caso contrario el Estado asume en parte o totalmente el riesgo en caso que éste no pueda distribuirse.

³⁸ Sergio Hinojosa, ob. Citada, pg. 21.

CAPÍTULO CUARTO

4. DISTRIBUCIÓN CONTRACTUAL DE LOS RIESGOS

Las diversas modalidades de coparticipación público privada revisten una serie de riesgos, los cuales deben repartirse o distribuirse entre el Estado y el particular, teniendo como criterio fundamental para ello, que el riesgo debe ser asumido por la parte que tenga mejores condiciones o que resulte más apta para sobrellevarlo.

Por su propia naturaleza, un project finance es una invitación a tomar riesgos, cuya valoración es completamente subjetiva para cada parte. La distribución de los riesgos entre las partes dependerá de la capacidad de éstas de enfrentar cada escollo predecible en consideración a su magnitud y su factibilidad de materialización; y, evidentemente llevará aparejada una remuneración proporcional al peligro asumido.

El sector privado puede no solamente construir obras públicas, sino además prestar directamente un servicio público a lo largo del período de la delegación. El contrato por lo tanto, deberá por un lado contener una serie de derechos y obligaciones del Estado y de la delegataria que aseguren a aquel que el servicio público se prestará en óptimas condiciones; y, por otro lado, contener una serie de resguardos a favor del delegatario que le permitan a éste recuperar las inversiones realizadas.³⁹

Tal como lo expone la doctrina francesa, un elemento fundamental a considerar consiste en que las garantías jurídicas que recíprocamente se dan entre el Estado y el privado, afectan fuertemente las posibilidades de financiamiento del proyecto, siendo por lo tanto la distribución de riesgos un elemento clave de los contratos de delegaciones. En el sector de infraestructura, los riesgos son tan grandes o pesados que muchas empresas no aceptarían asumirlos solas. Esto último sin perder de vista que evidentemente el beneficio obtenido es en principio una remuneración al riesgo asumido.

Entramos entonces necesariamente en el ámbito de analizar que los beneficios excesivos para el privado serían mal aceptados por la ciudadanía, y lo contrario implicaría que nos encontramos ante empresas privadas que no aspiren obtener beneficios considerables. Si todos los riesgos fueran asumidos por el privado, todos los beneficios, precios, tarifas y subsidios de los servicios serían mayores, con considerables desventajas para el propio Estado y para los usuarios.

³⁹ Dolores M. Rufián Lizana, ob. Cit, pg. 233.

Puede afirmarse entonces que, de existir beneficios ingentes, éstos debieran ser obtenidos al menos parcialmente por los poderes públicos, y por tanto resulta *legítimo y necesario* que el Estado asuma una parte del riesgo:

- *Legítimo*, porque los poderes públicos tendrán parte de los beneficios en caso de resultar exitosa la delegación;
- *Necesario*, ya que solamente el Estado puede asumir ciertos riesgos.

De esta manera, las cláusulas contractuales constituyen una especie de código de buena conducta entre las partes, que persigue establecer una relación de confianza a largo plazo que prácticamente las convierte en socias. De lo expuesto podemos concluir que las prestaciones entre las partes en los contratos de delegaciones son de complejidad mucho mayor que las de los contratos de la esfera de la contratación pública.

Luego, para que un contrato de delegación resulte exitoso, se requiere evitar dos cosas:

- *Una delegación financieramente no viable*, esto es, que tenga tan pocos réditos para el privado, que simplemente no justifique su inversión, y por ende no exista disposición para arriesgar su dinero ni pueda obtenerlo de terceros. El problema del apalancamiento de las delegaciones aparece desde los primeros años de éstas, y evidentemente no resulta positivo ni para el delegatario, por el fracaso del negocio; ni para el Estado que tiene que asumir las consecuencias políticas.
- *Una delegación que tenga beneficios excesivos para el privado*, lo cual no es conveniente para el Estado por las consecuencias políticas, ni para los usuarios por los altos costos.⁴⁰

Vale por lo tanto realizar un análisis individual de los principales riesgos que existen en este tipo de contratos.

4.1 Demanda

Se refieren a que la demanda estimada por el inversionista en sus proyecciones, resulte diferente a la real. Las causas de la desviación de las expectativas del empresario privado pueden ser muy diversas y suelen ocasionarse en cambios en los hábitos de los usuarios, opciones de servicios u obras alternativas, contracción de

⁴⁰ C. Martinand, "Le Partenariat public-Privé, en Financement privé des équipements publics", París, Económica, 1993, p. 2.

la actividad económica, cambios en la disposición a pagar, nuevos competidores en el mercado, precios del servicio que no reflejen la elasticidad de la demanda, etc.

El servicio público que se preste a la colectividad bien fuere directamente o a través de una obra pública se encuentra garantizado para todos los usuarios por el Estado, no pudiendo el privado suspenderlo por su libre voluntad, ni aún en caso de no obtener rentabilidad por la provisión de dicho servicio por falta de demanda o clientela. Con estas expresiones buscamos indicar que el delegatario no se encuentra facultado a suspender la prestación de un servicio público porque el mismo no le resulta rentable; en otras palabras, está obligado a proveer el servicio y continuar operando el negocio a pesar que éste le represente pérdidas. Es ese el compromiso del inversionista privado, y justamente el reflejo del riesgo que asume al formar parte de una asociación público privada, se trata del riesgo del negocio.

El Reglamento a Ley de Modernización del Estado dispone:

“Art. 91.- Causas para la suspensión en el cumplimiento de sus obligaciones por el concesionario.-

El Concesionario tendrá derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la concesión:

- a) *En caso de fuerza mayor o caso fortuito, que impidan la continuación de las obras o la prestación del servicio;*
- b) *Cuando se produzca la destrucción total o parcial de las obras, de modo que impida su utilización por un período mayor a los 180 días. Igualmente procederá la suspensión en caso de destrucción del bien o bienes que se utilicen para la prestación del servicio; y,*
- c) *Por cualquier otra causa que se establezca en las bases y contratos respectivos.”*

Como puede apreciarse, nuestra legislación prevé la suspensión de la prestación de servicios públicos concesionados, pero exclusivamente por las causales establecidas en el artículo referido, que no contemplan la disminución o falta de demanda de los usuarios. Por ende, el riesgo de la demanda se configura típicamente como un riesgo que debe correr por cuenta del socio privado, por tratarse del factor básico presente en cualquier negocio particular.

No obstante, con la finalidad de generar concursos verdaderamente competitivos y que los proyectos tengan éxito en su financiamiento, existen en países más avanzados en estas materias como Chile, mecanismos que generan para el privado una cierta seguridad en cuanto a la rentabilidad mínima del proyecto. Dicha rentabilidad se calcula a partir de los datos del proyecto que tiene el Estado y no se verá por consiguiente afectada por los costos reales (o contables) del privado. Esta rentabilidad garantiza normalmente un determinado monto de la inversión (que varía según el modelo, hasta un 70%), más los costos de mantenimiento y operación. Ello no implica por consiguiente que se asegure al privado la rentabilidad del capital propio, o siquiera éste último. Estos proyectos, como cualquier actividad empresarial, constituyen un riesgo que ha de ser evaluado por los licitantes. Por el contrario, lo que se pretende con este tipo de medida es asegurar la recuperación del capital de inversión que facilitan los acreedores. Como contrapartida a este tipo de seguro se establecen también, a contrario sensu, disposiciones que permiten compartir eventuales rentabilidades máximas del proyecto.⁴¹

En el Ecuador no existe un modelo financiero establecido que garantice al inversionista una demanda mínima, por el contrario, han ocurrido ya ciertos procesos en los cuales justamente han surgido disputas judiciales por la interpretación de lo que se conoce como “*exclusividad regulada*”.

En este punto, nos remitiremos a las disposiciones de nuestra legislación sobre la referida exclusividad regulada y el monopolio.

La Ley de Modernización del Estado dispone:

“Art. 47.- Monopolios.- Prohíbese la existencia de monopolios en cualesquiera de sus formas y en consecuencia, se autoriza a terceros el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para el caso de concesiones, licencias o permisos, éstas se prodrán otorgar en condiciones de exclusividad regulada, sólo por un período determinado, con la autorización mediante Decreto Ejecutivo, del Presidente de la República o del organismo competente en el caso de los gobiernos seccionales.”

Esta disposición relativa a la prohibición de los monopolios encuentra sus concordancias en los artículos 40 y 42 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado.

⁴¹ Carlos Cruz Lorenzen, ob. Citada, pg. 11.

En cuanto a la exclusividad regulada, el Reglamento a la Ley de Modernización del Estado dispone:

“Art. 71.- En los casos en que sea necesario otorgar concesiones, permisos o licencias a favor del sector privado, ellas se podrán otorgar en condiciones de exclusividad regulada por un tiempo determinado. . .”

Con las disposiciones transcritas, queremos exponer que dentro de la legislación ecuatoriana no existe intención de garantizar una demanda al inversionista privado, sino en casos puntuales y de manera temporal. Esta afirmación se valida con la disposición del artículo 74 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, en cuyo cuarto inciso se establece que las concesiones de obras públicas procurarán tener otra obra pública alternativa no concesionada para los usuarios. Con ello, podemos interpretar que el legislador ecuatoriano ha resuelto que el riesgo de la demanda del servicio o de la obra pública quede en manos del inversionista y no del Estado, lo cual excepcionalmente puede ser aliviado con la figura de la exclusividad regulada.

4.2 Cobro de tarifas

Según dispone el Reglamento a nuestra Ley de Modernización en su artículo 76, el delegatario tiene derecho a percibir una retribución económica y una utilidad por sus inversiones, riesgo y trabajo. El mecanismo habitual de creación de la referida retribución consiste en el establecimiento de tarifas pagadas por los usuarios del servicio, cuyo valor y mecanismo de recaudación se determina en el contrato.

La naturaleza jurídica de la tarifa es un tema polémico, por cuanto suele confundirse con una tasa. En realidad se trata de dos ámbitos jurídicos distintos:

- La tasa es una contribución de índole tributario hacia el Estado;
- La tarifa es un pago de orden privado, hacia un particular.

Lo que ocurre en la práctica es que el usuario debe igualmente en ambos casos cancelar un valor como contraprestación por el uso de un servicio u obra pública.

Con respecto a la tarifa podemos señalar: “...Tal potestad que tiene la entidad de régimen privado de fijar el precio de su remuneración por prestar un servicio. La tarifa será fruto de una potestad unilateral, pero no de la potestad tributaria... la tarifa es el precio fijado por la Administración para remunerar a quien, en régimen de Derecho Privado, presta un servicio, sin que la tarifa se convierta en ingreso

público... En el caso de las concesiones la tarifa adquiere un claro matiz contractual, pues aun siendo fijada unilateralmente por la Administración titular del servicio, su cuantía se vincula al objeto del servicio y puede verse afectada en su determinación por la ruptura del equilibrio financiero del contrato...⁴²

Con lo expuesto, queremos expresar que al momento de pasar a ser titular un particular del pago que los usuarios realizan por la utilización de un servicio u obra pública que el primero presta por contrato con el Estado, la naturaleza jurídica de dicha prestación económica pasa a tener el carácter de privada, a pesar de continuar siendo público el servicio. En esta misma línea de análisis, podemos afirmar que tampoco puede trasladarse al particular prestador del servicio u obra, atribuciones de orden público para el cobro de las tarifas, tales como el poder de coactiva, los intereses moratorios a los que tiene derecho el Estado, y otros derechos intrínsecamente públicos. En otras palabras, el paso de una tasa a una tarifa, lleva consigo la pérdida de todas las atribuciones con las que cuenta el sector público para su recaudación, y a su vez se instituye dentro de un régimen totalmente privado.

Es de vital importancia hacer referencia a la sentencia emitida por la Corte Constitucional en julio de 2009 en la cual se pronuncia sobre una consulta elevada por la Contraloría General del Estado, consultando sobre la naturaleza jurídica de los recursos cobrados por Quiport por concepto de tasas aeroportuarias, resolviendo el sentido que los cobros por el servicio aeroportuario en Quito constituirían tarifas y no tasas, con lo cual quedarían inmersas en el régimen del derecho público. Esta postura no es la tradicionalmente recogida en la mayor parte de los Estados latinoamericanos y constituye una seria discusión a nivel doctrinario.

A nivel internacional, mayoritariamente, en los diversos mecanismos de coparticipación público privada, el riesgo de la cobranza de las tarifas hacia los usuarios es típicamente privado, y por ende no suele ser asumido por la parte delegante. Por ello, debe aspirarse a que existan en la legislación mecanismos suficientes que permitan al particular enfrentar adecuadamente al usuario que no cumple con su obligación de pago del servicio utilizado, y en su falta o insuficiencia, procurar generar estos mecanismos en el contrato de delegación. Para estos efectos, es necesario cuidar que el contrato establezca claramente lo que sería el equivalente al hecho generador en derecho tributario, esto es, cuáles son los eventos que originan el pago que el usuario adeuda al prestador del servicio, y cómo se determina de manera clara frente a terceros el valor de dicha prestación, incluyendo aspectos tales como la definición de la existencia de intereses y su cuantía, la fuerza ejecutoria para obtener el pago, y otros aspectos similares.

⁴² J. Tornos Mas, "Potestad Tarifaria y Política de Precios", Administración Pública, No. 135, Madrid, 1994.

En estrecha relación con la prestación monopólica de servicios y obras públicas tratada en este estudio, en los países latinoamericanos por sus propias condiciones económicas, no se dispone de infraestructura alternativa equivalente a la delegada. Por ello, el usuario en muy escasas ocasiones tiene la opción de elegir otro prestador de servicios, o de utilizar una obra de infraestructura pública distinta, con lo cual se vuelve prácticamente imposible evitar el uso de la delegación y por ende el pago de su correspondiente tarifa.

En todo caso, el riesgo del cobro de tarifas va a correr generalmente por cuenta del sector privado, quien en última instancia puede optar por declarar al usuario en mora y retirarle la provisión del servicio, considerando la deuda como incobrable. Esta medida no es aplicable al caso de delegaciones de obras públicas, por ejemplo de vías, ya que en general no se puede identificar al usuario, y particularmente en el caso de las carreteras o caminos, se estaría atentando contra el derecho constitucional que tienen los ciudadanos al libre tránsito por el territorio nacional.

Con lo expuesto, queremos resaltar que el riesgo de las cobranzas va a incidir directamente en la estructura financiera del proyecto de coparticipación, y que por ende mientras más alto el riesgo de recaudación de tarifas, menos atractivo será el proyecto, y más bajas serán las ofertas de los licitantes interesados en prestar el servicio o ejecutar las obras públicas.

4.3 Expropiaciones

De modo general pueden requerirse expropiaciones tanto para la prestación de servicios como para la construcción de obras públicas. Sin embargo, las expropiaciones surgen generalmente como consecuencia de las delegaciones de obras públicas, y es por ello que tanto en nuestra legislación como por ejemplo en la chilena, se regulan las expropiaciones dentro de los pasajes correspondientes a ellas.

Nuestra legislación establece en el Reglamento a la Ley de Modernización del Estado:

“Art. 80.- Si para la explotación de un servicio público concesionado fuere indispensable la adquisición de bienes inmuebles, la concesionaria podrá adquirirlos directamente con sus medios económicos o éstos serán expropiados por el concedente si así se hubiera estipulado en las bases a costo del concesionario. Si pertenecen al Estado o a la entidad u organismo del sector público procederá a la venta en base al avalúo de la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros.

Para las concesiones de obra pública en que fuere necesario adquirir inmuebles sea para su construcción, ampliación, rectificación de trazado o para las instalaciones de la explotación y de los servicios útiles y necesarios de la obra, el concedente deberá efectuar la expropiación oportunamente. El costo de la expropiación será asumido total o parcialmente por el concesionario según se estipule en las bases y en el contrato de concesión, en cuyo caso el concesionario deberá proveer los recursos suficientes para el pago de la expropiación en el plazo pactado. El incumplimiento de esta obligación por parte del concesionario, será causa para la terminación del contrato y ejecución de las garantías.

Si el concedente retarda la expropiación y no pone a disposición del concesionario los inmuebles en el momento requerido para el desarrollo de la obra, deberá compensar al concesionario con un aumento del plazo de la concesión. . .”

De la revisión de la norma citada podemos apreciar dos aspectos relevantes:

- a) El costo de las expropiaciones corre por cuenta del concesionario, aunque sea parcialmente;
- b) El Estado es a quien corresponde ejecutar la expropiación, ya que como es obvio, se trata de una atribución de orden público que no es delegable.

Continuando con el análisis, entendemos que las expropiaciones generan un doble riesgo para el proyecto:

- *Un riesgo de valor*, que pudiera llegar a ser tan elevado que resquebrajase las finanzas del proyecto, volviéndolo inviable;
- *Un riesgo de plazo*, puesto que la actividad expropiatoria es esencialmente pública, no teniendo el concesionario ningún tipo de control sobre ella, y teniendo éste la urgente necesidad de contar cuanto antes con los accesos al terreno para construir rápidamente la obra y recuperar su inversión. Con esto queremos destacar que las demoras en llevar a cabo la expropiación, podrían también destruir la viabilidad del proyecto.

Respecto al primer riesgo, es un elemento que por su naturaleza corresponderá típicamente asumir al particular, a pesar de ser potencialmente elevado. En cuanto al riesgo del plazo, debe responsabilizarse el Estado, y así lo recoge nuestra legis-

lación al imponer sanciones a éste a favor del concesionario en caso de retardo en las expropiaciones. Hay que tener en consideración que el plazo relevante no consiste en el de terminación del proceso expropiatorio, sino en aquel en el que el concesionario puede tener acceso efectivo al terreno.

Sin perjuicio de lo expuesto, y en relación con el riesgo del valor, habría que considerar que por ser las delegaciones proyectos de largo plazo, existe siempre la posibilidad de requerirse expropiaciones no previstas en el contrato original, y por ende no cuantificadas en la estructura financiera del proyecto.

Por la diversidad de los mecanismos de coparticipación y de amplia gama de sus sectores, el riesgo de valor de las expropiaciones se ha resuelto de manera casuística, esto es, analizando cuál es la parte más opcionada para enfrentarlo según cada caso⁴³. Como ejemplos de acuerdos podemos citar:

- Puede ser del Estado, asumiendo el costo de las expropiaciones o la diferencia que se genere sobre un costo previamente establecido en el contrato;
- Puede ser del concesionario, obligándolo a hacer frente a los desembolsos que se originen por este concepto;
- El riesgo puede ser compartido, haciéndose ambas partes cargo de las diferencias de desembolsos estimadas y reales.

Dependiendo de la magnitud del proyecto, se han adoptado diversas soluciones, pero cuando el mismo es muy grande, la más frecuente es aquella en la que el Estado asume los riesgos de expropiaciones futuras no previstas en el contrato.

4.4 Medio ambiente

Otro importante grupo de riesgos consisten aquellos relacionados con los temas medioambientales. Durante los últimos años, en los países latinoamericanos ha ido creciendo el interés y la importancia de la ecología y su conservación, tendencia que se ha visto reflejada incluso en las legislaciones de los Estados.

Los diversos mecanismos de coparticipación público privada, justamente por ser relativamente nuevos, no escapan a esta tendencia conocida como “ambientalista”, incorporándose a éstos en la actualidad riesgos de naturaleza difícil de evaluar, tanto para el Estado como para los privados.

⁴³ Carlos Cruz Lorenzen, ob. Citada, pg. 12.

Se ha llegado incluso como práctica muy reciente, a considerar no solamente aspectos ambientales, sino a unirlos con asuntos sociales, denominándose a esta tendencia “riesgo socioambiental”. Evidentemente dependiendo de la naturaleza de cada proyecto, puede existir un mayor o menor componente de afectación social, incluso pudiendo no caber en algún proyecto particular; sin embargo, los aspectos medio ambientales son una constante en los diversos negocios público privados, aunque su gradación pueda variar.

La dificultad de la evaluación de los riesgos ambientales es muy alta básicamente porque la normativa ambiental que regula las compensaciones al medio ambiente por las afectaciones que pueda sufrir por obras de gran envergadura es muy reciente. Resulta lógico pensar que cuando se alcance un sistema definido de evaluación de impactos ambientales y el mismo se establezca de manera clara y permanente en nuestras instituciones y en la legislación en general, dichos riesgos podrán evaluarse con mayor precisión desde el inicio mismo del proyecto y por supuesto previo a la suscripción del contrato.

Los aspectos socioambientales son extremadamente delicados en la valoración de un proyecto, ya que pueden constituir un elemento tan oneroso y/o conflictivo que podrían incluso destruir la viabilidad del proyecto. Se debe ser muy cuidadoso al establecer las pautas, alcances y límites de la responsabilidad de ambas partes en el contexto de un proyecto de coparticipación y reflejarlo así en el contrato, ya que llevados al extremo, los componentes ambientales pudieren resultar tan costosos e incluso irracionales, que podrían minar la viabilidad financiera del proyecto.

Nuestra legislación dispone sobre materia ambiental en relación con las delegaciones al sector privado, lo siguiente:

Ley de Gestión Ambiental:

“Art. 19.- Las obras públicas privadas o mixtas y los proyectos de inversión públicos o privados que puedan causar impactos ambientales, serán calificados previamente a su ejecución, por los organismos descentralizados de control, conforme al Sistema Único de Manejo Ambiental, cuyo principio rector será el precautelatorio”.

“Art. 20.- Para el inicio de toda actividad que suponga riesgo ambiental se deberá contar con la licencia respectiva, otorgada por el Ministerio del ramo”.

“Art. 22.- Los sistemas de manejo ambiental en los contratos que requieran estudios de impacto ambiental y en las actividades para las que se hubiere otorgado licencia ambiental, podrán ser evaluados en

cualquier momento, a solicitud del Ministerio del ramo o de las personas afectadas”.

“La evaluación del cumplimiento de los planes de manejo ambiental aprobados se realizará mediante la auditoría ambiental... a fin de establecer los correctivos que deban hacerse”.

“Art. 24.- En obras de inversión públicas o privadas, las obligaciones que se desprendan del sistema de manejo ambiental, constituirán elementos del correspondiente contrato...”.

“Art. 26.- En las contrataciones que, conforme a esta Ley, deban contar con estudios de impacto ambiental los documentos precontractuales contendrán las especificaciones, parámetros, variables y características de esos estudios y establecerán la obligación de los contratistas de prevenir o mitigar los impactos ambientales. Cuando se trate de concesiones, el contrato incluirá la correspondiente evaluación ambiental que establezca las condiciones ambientales existentes, los mecanismos para, de ser el caso, remediarlas y las normas ambientales particulares a las que se sujetarán las actividades concesionadas”.

Reglamento a la Ley de Modernización del Estado:

“Art. 93.- En las concesiones que se otorguen y en los respectivos contratos de concesión se establecerá necesariamente la obligación del concesionario de proteger el medio ambiente”.

“Art. 127.- El concesionario responderá de los daños de cualquier naturaleza, que con ocasión de la ejecución o explotación de la obra se ocasionen al medio ambiente...”.

Como puede apreciarse, en el Ecuador no se regula mayormente el tema ambiental en las delegaciones al sector privado, probablemente por esa causa, el tema reviste alta complejidad, ya que queda sujeto a definición por parte de quien estructure el negocio respectivo. Evidentemente y por mandato de nuestra legislación, los daños inminentes que se ocasionen al medio ambiente por la ejecución o explotación de la obra, son de cuenta del delegatario, quien responderá directamente por ellos. El problema radica entonces en los efectos o perjuicios ambientales no tan evidentes o directos. Nuestra propuesta consistiría en que el Estado asuma los daños sociambientales preexistentes al inicio de las gestiones del delegatario, y, consiguientemente, también se responsabilice por las medidas de mitigación de dichos impactos o daños, bien fuere directamente o vía provisión de recursos al delegatario para que éste los ejecute.

Deriva de lo expuesto, que los riesgos socioambientales y su asunción pueden ser, además de múltiples y variados, indeterminados tanto en su existencia como en su cuantía. A manera de práctica resulta recomendable realizar estudios previos de impacto socioambiental de las nuevas obras a realizarse, y establecer claramente cuáles son las medidas de mitigación de dichos impactos que se le exigirán al delegatario, determinando cuándo y cómo deberá mitigar los daños.

Es recomendable que se exija en los contratos de coparticipación la presentación y cumplimiento de un plan de manejo ambiental por parte del privado, que deberá considerar medidas de mitigación, reparación, compensación, prevención de riesgos y contingentes para aquellas actividades y obras del proyecto que produjeran impactos negativos en algún componente socioambiental. Ejemplos prácticos de eventos que constituyen impactos socioambientales son: el reasentamiento de comunidades humanas o alteración significativa de los sistemas de vida, la localización próxima a la población y áreas protegidas, la alteración del valor paisajístico, la modificación de monumentos, la incursión o menoscabo a sitios con valor arqueológico, antropológico e histórico, entre otros.⁴⁴

En ciertos países como Chile, el Estado está asegurando al concesionario montos fijos de inversión para compensar daños ambientales y asume las diferencias en dinero que resulten como consecuencia de las resoluciones ambientales que se expidan en el futuro y que llegaren a afectar las finanzas del proyecto.

4.5 Tipo de cambio

Debemos comenzar el análisis de este tema aclarando que a primera vista aparentaría que en el Ecuador no existe el riesgo cambiario; sin embargo es preciso considerar que los proyectos de coparticipación en sus diversas modalidades son de largo plazo, y por ende la evaluación de los riesgos debe realizarse también en un horizonte amplio. Siendo éste el caso no solamente en nuestro país, sino en el resto de Latinoamérica, la fragilidad de nuestros sistemas monetarios es reconocida, por lo cual incluso para el Ecuador el riesgo del tipo de cambio, en un largo plazo, podría generarse. Nuestra legislación nada señala sobre este tema.

De manera general los inversionistas, al contraer obligaciones económicas considerables, lo hacen en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, o bien en unidades de cuenta tales como las Unidades de Valor Constante o UVC, que existen también en otros países de Latinoamérica. Ahora bien, justamente allí radica el riesgo: el inversionista recauda ingresos o tarifas en la moneda local, y debe cancelar sus pagos generalmente en dólares.

⁴⁴ Dolores M. Rufián Lizana, ob. Cit, pg. 132.

A nivel académico se ha discutido mucho sobre la conveniencia o no que el Estado enfrente riesgos que asumen los delegatarios al endeudarse en monedas distintas de la local. Evidentemente, si el mercado financiero local es suficiente, no será necesario endeudarse en el exterior y, en el caso que la concesionaria tome esta opción, el riesgo no debería traspasarse al Estado.⁴⁵ Sin embargo, la poca profundidad del mercado de capitales en América latina no resulta suficiente para financiar un gran grupo de obras y servicios públicos; y los préstamos bancarios locales llevan aparejadas fuertes tasas de interés que restan atractivo al proyecto, y en algunos casos lo desincentivan completamente. Es por ello que se suele buscar financiamientos internacionales, que evidentemente generan para el delegatario un riesgo cambiario.

En cuanto a la banca internacional, también suele participar en el financiamiento de este tipo de proyectos. El mayor inconveniente que encuentra la banca privada internacional consiste en el riesgo del tipo de cambio de la moneda local del proyecto frente a la del otorgamiento del crédito (generalmente dólares de los Estados Unidos de Norteamérica). Para mitigar este riesgo existe lo que se conoce como seguros de cambio, que conllevan un costo adicional al proyecto. El proyecto contraerá deuda en una moneda distinta a la local, lo cual lleva a la banca internacional a buscar cubrir estos descalces financieros por medio de swaps o forwards.⁴⁶

4.6 Riesgo Político: ius variandi del Estado

El riesgo político al que vamos a referirnos en este apartado es aquel que corre el privado, y que es conocido doctrinariamente como el “ius variandi” o poder de cambiar unilateralmente aspectos contractuales, particularmente el objeto del mismo, que tiene el Estado. Este derecho o poder de príncipe, a pesar de resultar evidentemente de alta peligrosidad para el particular en sus contratos con el sector público, y de romper los principios jurídicos relativos a que los “pactos son sagrados entre las partes”, y “el contrato es ley para las partes”, es irrenunciable para el Estado, ya que se ve obligado a mantenerlo para efectos de propiciar las modificaciones contractuales que pudiesen ser necesarias en virtud del interés público.

En principio, debe procurarse con absoluta responsabilidad que los contratos de coparticipación reúnan todas las previsiones posibles y sus respectivas medidas de paleamiento o solución, pero a pesar de ello por tratarse de contratos de largo plazo y por el dinamismo propio de su contenido altamente económico, el riesgo de requerirse variaciones contractuales importantes puede considerarse latente.

⁴⁵ Carlos Cruz Lorenzen, ob. Citada, pg. 12.

⁴⁶ Sergio Hinojosa, ob. Cit, pg. 23.

El Reglamento a la Ley de Modernización del Estado dispone:

Art. 79 “El concedente podrá modificar por razones de interés público, las características de la obra y los servicios contratados. En estos casos, deberá modificar en consonancia las tarifas o compensar al concesionario. . .”.

Art. 74 “... Las concesiones de obras se establecerán procurando tener otra obra pública alternativa para los usuarios no sujeta a concesión. Sin embargo, cuando se concesionase la construcción o rehabilitación de una obra pública y posteriormente cualquier entidad u organismo del sector público por sí o por nueva concesión a particulares, afecte unilateralmente las condiciones generales del contrato vigente anterior, ese concesionario tendrá derecho a ser indemnizado. . .”.

Art. 76.- “... El esquema o ecuación económico-financiero contractualmente establecido deberá ser respetado por ambas partes durante el plazo de su vigencia y no podrá ser alterado por los poderes públicos en detrimento del concesionario de forma unilateral sin que la entidad concedente compense económicamente dicho perjuicio y sin que ello implique garantía de utilidad para el concesionario”.

De la lectura del articulado transcrito, se desprende que el legislador ha acogido este “*ius variandi*”, eso sí, aparenjándolo de manera irrestricta a una compensación o indemnización que debe darse por parte del Estado hacia el particular. El tema de las compensaciones será tratado en otro capítulo, por ello no vamos a profundizar en él ahora.

La doctrina tradicional considera que los contratos administrativos se celebran por cuenta y bajo el absoluto riesgo del contratista, este principio es correcto porque en la mayoría de los contratos de esta naturaleza, el contratista recibe del Estado un pago por la realización de una actividad determinada, por ende, es el beneficiario del precio y como tal debe correr los riesgos del contrato. Dentro de los mecanismos de coparticipación, tal como su propio nombre lo evidencia, existen prestaciones de toda índole, y en particular económicas, en beneficio de ambas partes, las cuales forman una especie de sociedad. Por ello, no cabe que una de las partes modifique los acuerdos contractuales sin que de otro lado compense las afectaciones que su socio privada sufra por causa de dichos cambios. En este punto, debemos precisar que si bien el riesgo del *ius variandi* del Estado siempre va a estar presente, y nunca va a existir para el privado esa misma atribución, éste último tendrá siempre la seguridad de ser compensado o indemnizado por los perjuicios sufridos.

El cumplimiento por parte del Estado exige mantener durante todo el plazo de la concesión la vigencia de los elementos con los que se contrató. Dichos elementos tienen tanto naturaleza económica como política. El elemento económico está referido a la intangibilidad y estabilidad del precio durante el contrato, el elemento político se refiere a la tangibilidad y actualidad del interés público durante el período de concesión. En el curso de las delegaciones pueden ocurrir una serie de eventos que modifiquen los referidos elementos.⁴⁷ Estas modificaciones deben llevar aparejadas las compensaciones que correspondan al privado, por los perjuicios que se le hubieren ocasionado.

Este principio rector de la estabilidad y seguridad contractual a la que tiene derecho el sector privado como contraparte del Estado estaba reconocido en la Constitución Política de nuestro país del año 1998, pero no consta ya en la Constitución expedida en el año 2008.

Podríamos incluir dentro de los riesgos políticos, el de terminación del contrato por parte del Estado, y el de las controversias entre las partes, sin embargo por su importancia, vamos a tratarlos separadamente.

4.7 Otros Riesgos

4.7.1 Riesgos propios de los negocios privados

Sólo a manera de enunciado muy general, el particular debe correr con todos los riesgos que el manejo de una actividad comercial demanda, esto es, los riesgos de la competencia directa en la prestación de los mismos servicios; los de la competencia vía la comercialización de productos parecidos o alternativos; la eliminación de barreras de entrada a nuevos competidores por decisiones políticas o simplemente por la fuerza del mercado, y otras similares. Este sería un aspecto de mucha consideración de cara al Tratado de Libre Comercio TLC, cuyo acuerdo viene gestionando nuestro país con Estados Unidos de manera individual y luego como bloque con países vecinos, ya que la liberalización de las políticas comerciales conlleva un fuerte incremento de la competencia en muchos sectores de la economía, algunos de ellos potencialmente objeto de coparticipaciones, tales como la telefonía fija y celular. Por su propia naturaleza, esta clase de riesgos, que se conocen como de desregulación, deben enfrentarse por el sector privado.

⁴⁷ R. Dromi, "Licitación Pública", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996; pg. 51.

4.7.2 Riesgo de catástrofes o force majeure

En los contratos de delegaciones, el Estado cede o encarga al privado la prestación de servicios o la edificación de obras públicas. Las instalaciones que se utilizan en cualquiera de los dos casos, mantienen siempre una titularidad pública. Con esta precisión, y volviendo siempre al principio que los riesgos deben ser asumidos por la parte que se encuentre en mejores posibilidades de enfrentarlos, luciría como que corresponde a la parte pública asumir el riesgo de eventos catastróficos o pérdidas materiales por hechos de la naturaleza, sobre los bienes públicos delegados. Debido al alto grado de desarrollo que tiene hoy la industria aseguradora, dichos riesgos pueden ser asumidos parcialmente por el delegatario, vía la toma de los seguros de contra todo riesgo, que cubran pérdidas totales o parciales.

En todo caso, en materia de infraestructura los riesgos pueden ser demasiado grandes y difícilmente el mercado de los seguros podría hacer frente a destrucciones o a riesgos relacionados con acontecimientos de naturaleza política como terrorismo, guerras o conmociones sociales. En estos casos, la distribución adecuada del riesgo exige que éste sea compartido entre el delegatario, las compañías de seguros –a través de primas que también serán pagadas por el delegatario– y por el Estado por las diferencias. Es dable presumir, sin embargo, que en el evento de una catástrofe de gran magnitud, probablemente tampoco el Estado podría emprender la reconstrucción con fondos propios. En estos casos, el Estado puede disponer de otros mecanismos que permitan superar tales situaciones como, por ejemplo, la suspensión de la coparticipación.⁴⁸

Éste último es el caso contemplado en nuestro Reglamento a la Ley de Modernización del Estado en el artículo 91:

“Art. 91.- El concesionario tendrá derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la concesión: ...

b) Cuando se produzca la destrucción parcial o total de las obras, de modo que impida su utilización por un periodo mayor a los 180 días. Igualmente procederá la suspensión en caso de destrucción del bien o bienes que se utilicen para la prestación del servicio...”.

Con la disposición citada, el legislador reconoce el derecho que le asiste al concesionario de suspender sus obligaciones contractuales en caso de existir una destrucción considerable de los bienes afectos a la concesión. La gravedad de la des-

⁴⁸ Carlos Cruz Lorenzen, ob. cit., pg. 13.

trucción queda fijada en el presupuesto de la inutilización de los bienes por un plazo superior a 6 meses; por ende, a partir de ese momento el riesgo pasa al Estado. Si el daño inutiliza los bienes entre 1 y 179 días, el riesgo es del concesionario. En ambos casos cabe la vigencia de un seguro sobre las instalaciones cuyo beneficiario es el Estado, es más, se trata de una práctica universal y de orden fundamental en este tipo de contrataciones.

4.7.3 Riesgo de terminación anticipada arbitraria

Como se ha mencionado repetidamente, la infraestructura delegada permanece siempre bajo la titularidad estatal. Por ello, constituye una importante preocupación para el inversionista la eventualidad que el Estado dé por terminada la delegación de manera arbitraria o injusta. De ocurrir esto último, el privado se vería perjudicado económicamente por la pérdida de sus inversiones, cuyo horizonte de recuperación excedería del plazo en que le fue terminado el contrato. En este punto, la normativa del país juega un rol de mucha importancia, ya que debe asegurar al inversionista la continuidad y estabilidad de los términos contractuales pactados, y, a su vez, garantizar que en caso de incumplirse éstos, y particularmente de darse por terminado el contrato por causales ilegales o no previstas en el contrato, se le indemnizará adecuadamente.

El riesgo de una terminación contractual anticipada arbitraria por parte del Estado, incide también sobre los prestamistas o acreedores del privado, ya que evidentemente, de extinguirse la delegación, el repago de las obligaciones del deudor se vería al menos en serios problemas por falta de los flujos provenientes del contrato que dejó de existir. Los financistas analizan además del proyecto en particular, la situación política del país en el que se llevará a cabo dicho proyecto en cuanto a sus históricos comportamientos frente a la empresa privada (estatizaciones, confiscaciones, nacionalizaciones y similares), y también el comportamiento del gobierno de turno en relación con este tema. La percepción que puedan tener los prestamistas del mayor o menor riesgo de este tipo, incide elevadamente en la determinación de las tasas de interés de un proyecto.

4.7.4 Riesgo Financiero

En este ámbito se enmarca el riesgo que tiene el inversionista respecto a que el circulante del proyecto pueda resultar insuficiente para cubrir el repago de la deuda y alcanzar luego para pagar un retorno satisfactorio a los accionistas o a los promotores del proyecto. Las limitaciones de financiamiento, especialmente la falta de

créditos a largo plazo, afectan importantemente a los proyectos de delegaciones⁴⁹. Este es un riesgo típicamente asumido por el inversionista.

4.7.5 Riesgo de inversiones no previstas

Por tratarse de contratos de largo plazo, existe una elevada posibilidad de errores o falta de previsiones, en cuanto a la estimación de requerimientos de infraestructura para la prestación de servicios o la edificación de obras públicas. Un claro ejemplo de una obra pública subdimensionada inicialmente es el del puente Rafael Mendoza Avilés en Guayaquil, cuya demanda real superó tres veces la que se previó originalmente, hasta el punto que se requirió la construcción de un puente adicional que fue inaugurado en el año 2008. Con este ejemplo queremos ilustrar que la real dimensión de la necesidad o el uso que se le vaya a dar a una obra o servicio público en el largo plazo tiene un posible alto margen de error.

El ya citado artículo 79 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado dispone que el concedente pueda modificar las características de las obras y servicios públicos contratados, por razones de interés público. No vamos a analizar ahora las razones, concentrémonos en comprender que cabe que el Estado resuelva fundamentadamente que el concesionario deba realizar nuevas inversiones en infraestructura propiamente, o en equipos o personal, incurriendo en cualquiera de los casos en gastos no previstos.

La norma referida nos hace considerar que el concesionario no tendría derecho a negarse a acatar las modificaciones requeridas, ni por ende a realizar las inversiones o gastos no previstos. Sin embargo, también vale recalcar que el mismo artículo manda que el Estado debe modificar también en consonancia con los cambios resueltos, las tarifas, o bien compensar al concesionario por los perjuicios que las modificaciones le hubieren ocasionado. Por ende, el resarcimiento al particular es también mandatorio para el Estado.

No podemos dejar de lado la posibilidad que el delegatario, absolutamente responsable de prestar la más elevada calidad en el servicio u obra pública, descubra por sí mismo, la necesidad de realizar inversiones considerables no previstas, cuya omisión incida negativamente en el nivel de los servicios prestados. En este caso cabría la propuesta de renegociación por parte del privado al Estado. Sobre este particular profundizaremos en el capítulo sexto de este estudio.

⁴⁹ Antonio Estache and Ginés de Rus, World Bank Institute, "Privatization and Regulation of Transport Infrastructure, Guidelines for Policymakers and Regulators", WBI Development Studies, 2000, pg. 48.

4.7.6 Riesgo de construcción

La construcción es el riesgo típico de los contratos de delegaciones de obras públicas, el cual debe ser asumido por el concesionario o a su vez por el contratista a quién éste encargue la construcción de la obra.

Justamente el objeto de los convenios para la delegación de obras públicas, consiste en que el privado las edifique corriendo los riesgos que dicha actividad de construcción representa. No cabría que el Estado asuma un riesgo de esta naturaleza. No hay que perder de vista que eventos tales como las condiciones climáticas pueden afectar seriamente los costos durante la etapa de la construcción. A ello también nos referimos en este apartado. A modo de práctica internacional, se suele establecer por ejemplo en Brasil contratos de construcción a precios fijos, considerando provisiones en caso de modificaciones severas en los costos que incidan en el equilibrio financiero del delegatario. De darse este último caso, debe procederse a las renegociaciones.⁵⁰

4.7.7 Riesgo de inflación

En primera instancia este riesgo no aparenta ser tan significativo en nuestra economía como en la del resto de los países de Latinoamérica, debido a que nuestra moneda que es el Dólar de los Estados Unidos de Norteamérica, tiene mayor estabilidad que las de los otros sistemas monetarios.

A pesar de lo expuesto, un inversionista verá con tremenda importancia el riesgo de la devaluación y por ende la inflación que pudiera sufrirse en un país, en el largo curso de una delegación, ya que ello afectaría directa e ingentemente a la economía del proyecto que dicho privado maneje.

El precio de un contrato de delegación está compuesto por las tarifas que cobra el delegatario a los usuarios por la prestación de servicios o el uso de una obra pública. Dichas tarifas se establecen en el contrato de manera indispensable, por lo que es necesario prever mecanismos de reajustabilidad para el mediano y largo plazo. Los mecanismos de ajuste que se establezcan en el contrato deben tener en cuenta los niveles de inflación relativamente normales en el país correspondiente.⁵¹

⁵⁰ Antonio Estuche-Ginés de Rus, WBI, ob. Cit, pg. 256.

⁵¹ Carlos Cruz Lorenzen, ob. Cit, pg. 10.

4.8 Riesgo de controversias

Este riesgo evidentemente afecta con mayor peso al particular, ya que por ejercer su actividad e inversiones sobre bienes públicos que no son ni serán de su propiedad, puede verse en una posición de vulnerabilidad ante eventuales disputas o controversias frente al delegante.

De manera general, el riesgo de que se generen controversias en los contratos administrativos es tratado en la legislación con una posición predominante para el Estado. Las comisiones conciliadoras y arbitrales reducen enormemente los riesgos de desigualdad de las partes en la controversia y reducen el tiempo de su resolución.⁵² El tema de las controversias será tratado con mayor profundidad en el capítulo sexto de este estudio.

4.9 Seguros

Como acotación al tema de los riesgos contractuales en las delegaciones público privadas, queremos concluir mencionando que actualmente existen diversas modalidades de seguros para paliar prácticamente cualquier clase de riesgo, así como agencias internacionales especializadas en este tipo de productos. Evidentemente como gobierno, debe procurarse que los seguros obtenidos por el delegatario, principalmente aquellos que deban tomarse a favor del Estado, tales como los que versan sobre los bienes de la delegación, sean emitidos por empresas de prestigio y solvencia reconocida.

No podemos pasar por alto el hecho que la obtención de cada póliza de seguro representa para el delegatario un costo económico, posiblemente justificable, pero en todo caso en desmedro del rendimiento de su inversión. También debe considerarse que los seguros suelen ser un requerimiento por parte de los financistas para entregar créditos.

Con esto queremos decir que las condiciones de mayor estabilidad política y de seriedad en la conducción de las políticas económicas y fiscales de un Estado, inciden directamente en el éxito para la atracción de inversiones privadas y por ende en la generación de delegaciones de servicios y obras públicas en condiciones más favorables para el país. Un Estado más serio requerirá menos seguros, lo cual resultará más atractivo para los inversionistas y en definitiva más favorable para los ciudadanos, fin único de las delegaciones.

⁵² Carlos Cruz Lorenzen, ob. Cit, pg. 14.

CAPÍTULO QUINTO

5. SUPERVISIÓN DEL CONTRATO

5.1 Áreas de Supervisión: técnica, operativa, administrativa

5.1.1 Ámbito de aplicación de la supervisión

La Constitución Política de nuestro país en su artículo 314, segundo párrafo, dispone:

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

En este mismo sentido, el Reglamento Sustitutivo al Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado dispone:

“Art. 129.- Los servicios públicos serán prestados o asumidos por el sector privado mediante delegación expresa que hagan a su favor las autoridades competentes.

Dicha delegación podrá ocurrir mediante las modalidades de concesión de obra pública, o de servicio público o concesión de uso; en este último caso podrá admitirse el arrendamiento mercantil, la licencia, el permiso, autorizaciones y convenios de asociación u otra figura jurídica que determine el CONAM⁵³ siempre que esté reconocida por el derecho administrativo o la ley ecuatoriana y que implique necesariamente que las autoridades delegantes ejerzan control sobre la manera, condiciones, términos y modalidades en que dichos servicios o actividades se llevan a cabo, o que exista definido el ente regulador y sus competencias...”.

⁵³ Las funciones del CONAM están a cargo de la SENPLADES a partir del año 2007.

Basándonos en estas disposiciones, podemos afirmar que el Estado es el responsable de la provisión de servicios públicos, de cuya prestación podrá encargarse directamente o por delegación a terceros. En este punto cabe la precisión respecto a que la prestación de los servicios sí puede ser delegada por el Estado, no así, el control y regulación de éstos, obligación de la cual no puede desligarse. El aspecto a destacar con éste análisis consiste en que el Estado siempre será responsable de controlar y regular los servicios públicos, garantizando a los ciudadanos, que dichos servicios sean provistos de manera eficiente y a precios justos.

¿Cuándo existe servicio público? Puede afirmarse que existe servicio público cuando el Estado asume una actividad esencial para la población, ejerciéndola por sí mismo o concediéndola a los particulares. En el régimen de servicios públicos, el Estado cuenta con prerrogativas jurídicas especiales, para garantizar la continuidad, igualdad, obligatoriedad, uniformidad y generalidad de los mismos, es decir, su eficacia.

Históricamente el poder de control del Estado se ha limitado a garantizar la seguridad, la salubridad y la moralidad de los habitantes, es decir, se trataba de un esquema de Estado cuyo objetivo era el de vigilar sólo el “orden público”, sin inmiscuirse en el desenvolvimiento económico del mercado. Al iniciarse la intervención del Estado en las actividades económicas, nace aparejado un concepto de control o supervisión que no se limita ya al simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma del mercado, con el fin de orientar y encauzar positivamente las actividades delegadas en el sentido de sus verdaderos objetivos y bajo el cumplimiento de las normas aplicables.⁵⁴

La actividad del órgano de control estatal para las modalidades tradicionales del derecho administrativo, consiste simplemente en cotejar que el solicitante haya cumplido con todos los requisitos impuestos por la normativa aplicable. Este control previo sólo podría funcionar, en el ejercicio de la actividad reglada del poder público. En este punto es necesario hacer una distinción entre la supervisión que debe ejercer el Estado frente a las modalidades de autorización tradicionales del derecho administrativo (autorizaciones, licencias) y frente a los mecanismos de coparticipación con el sector privado. El aspecto medular para hacer la distinción consiste en diferenciar la actividad privada de interés público (sujeta al control del Estado bajo un enfoque policial o fiscalizador), y el servicio público propiamente dicho (sujeto al control del Estado en cuanto a su calidad y precio).⁵⁵

⁵⁴ Daniel Edgardo Maljar, Ob. Cit, pg. 213.

⁵⁵ Daniel Edgardo Maljar, ob. Cit, pg. 211.

Las modalidades administrativas tradicionales se distinguen de los mecanismos de coparticipación, porque en las primeras se permite realizar una actividad privada que de otro modo estaría prohibida, para cuyo ejercicio se requiere una licencia o habilitación; mientras que en las segundas se encomienda una tarea estatal a un particular que queda obligado a ejercerla.

El control estatal sobre las modalidades administrativas tradicionales consiste en la verificación preventiva y previa del cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la prestación de una actividad libre; mientras que la supervisión de las coparticipaciones supone la idea de colaboración del particular con una función administrativa.

En las coparticipaciones, el título que justifica la supervisión del delegante sobre la actividad privada, es la titularidad de la competencia por parte de la autoridad pública, cuyo ejercicio ha delegado temporalmente, en el privado. En las modalidades administrativas tradicionales, el título habilitante para ejercer el control es el poder público. En ambos casos, existe un sustento en la normativa jurídica.

Con este preámbulo, vamos a iniciar el análisis de la supervisión a la cual el Estado delegante está obligado, dentro del contexto de las asociaciones público privadas, esto es, vamos a referirnos exclusivamente al control que debe realizarse por parte del delegante dentro de los contratos de coparticipación.

No vamos a incursionar en el control relativo a las modalidades de autorizaciones o licencias tradicionales del derecho administrativo, que se sustentan en el poder unilateral del Estado tanto para otorgar un permiso como para luego revocarlo, controlando estrictamente su curso de manera policial. Tampoco trataremos del control derivado de las instituciones públicas existentes para supervisar la gestión de otros entes de la misma naturaleza, tales como la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, el Ministerio Público, entre otros.

Una vez suscrito el contrato de delegación, surgen relaciones jurídicas entre el Estado y el delegatario, a la vez que entre éste último con sus acreedores y con los usuarios. La relación entre el otorgante y el delegatario, impone obligaciones y comportamientos a éste último, y correlativamente una serie de compromisos o deberes al otorgante, quien se vuelve responsable del control y dirección del desenvolvimiento del delegatario. Un contrato de delegación constituye entonces una relación particular entre ambos contratantes, integrando una serie de normas que conforman un verdadero ordenamiento jurídico.

A manera de clarificación sobre los roles que diversos entes realizan dentro de los distintos sectores de servicios públicos, se plantea la siguiente clasificación:

- *Regulador*, que es generalmente un cuerpo colegiado o entidad de muy alto nivel, cuya función consiste en delinear las políticas, estrategias y normativas que regirán para el sector. En la práctica, esta es la función que cumplen en el Ecuador el Consejo de la Marina Mercante y Puertos, y el Consejo Nacional de Aviación Civil, en el ámbito portuario y aeroportuario respectivamente.
- *Controlador*, cuya función será la de una especie de fiscalizador o inspector del cumplimiento de las normas y políticas sectoriales. Volviendo al ámbito portuario y aeroportuario, la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial y la DIRNEA, y la Dirección General de Aviación Civil, son quienes cumplen estas funciones en nuestro país.
- *Gestor*, que será la entidad prestadora de un servicio público, pudiendo ser directamente el Estado por sí o a través de sus diversas instituciones públicas, o, un privado bajo delegación estatal. En el Ecuador este sería el caso de la Autoridades Portuarias en el sector público APM y APPB al momento, mientras que el Puerto de Esmeraldas se encuentra concesionado a un consorcio privado, así como el Puerto de Guayaquil a la empresa CONTECON. En éste último caso, al igual que en el de los aeropuertos Simón Bolívar de Guayaquil y Mariscal Sucre de Quito (ambos concesionados a la iniciativa privada), el gestor es el concesionario.
- *Supervisor*, será la entidad pública otorgante de una delegación, cuya función consiste en deslindarse de la prestación del servicio, pero mantener la fiscalización sobre la gestión del privado, con la finalidad de asegurar su buen desempeño en la provisión del servicio público. Este rol lo cumplen las Autoridades Portuarias de Esmeraldas y Guayaquil frente a los concesionarios de sus respectivos puertos; la ECAPAG frente al concesionario del servicio de agua potable de Guayaquil; y la Fundación Autoridad Aeroportuaria de Guayaquil y la Corporación Aeroportuaria de Quito frente a los concesionarios de los servicios aeroportuarios de las respectivas ciudades.

Vale mencionar la disposición del artículo 87 del Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, que indica: “*En todo contrato de concesión, además de las obligaciones y derechos que imponen la ley y los reglamentos, deberán constar las siguientes de la autoridad concedente o del ente de control:*

...f) *Supervisar el cumplimiento del contrato de concesión...*”.

5.1.2 Aspectos a supervisar

Tratándose de negocios que por su propia definición son intrínsecamente complejos, todas las delegaciones contendrán compromisos muy amplios y de diversas índoles.

En el texto contractual de una coparticipación, cada una de las partes tendrá derechos y obligaciones. En el caso particular del Estado, éste deberá garantizar los derechos del privado, y verificar que éste cumpla con los deberes a los cuales se comprometió. Es por ello que el privado debe sujetarse a las medidas de control pactadas con el Estado para ejercer su actividad, y en el marco de esas medidas, quedará obligado a realizar su tarea dentro de los límites de la delegación que se le ha otorgado, y al tenor del contrato que la regula.

Dentro de la multiplicidad de áreas de desempeño de un privado en un contrato de coparticipación, se encuentran entre otras:

- a) La administrativa/jurídica
 - i. La obtención de autorizaciones y habilitaciones jurídicas necesarias para el funcionamiento de sus actividades;
 - ii. El envío de la información que corresponda al delegante;
 - iii. El otorgamiento de las garantías y los seguros pactados;
 - iv. El pago de las prestaciones económicas a las cuales se haya comprometido para con el otorgante;
 - v. El respeto a los precios y tarifas que se encuentra autorizado a cobrar a los usuarios;
 - vi. La cancelación de los impuestos y contribuciones que deban realizarse a las entidades públicas que correspondan;
 - vii. La custodia y mantenimiento de los bienes que forman parte de la delegación;
 - viii. El respeto a las restricciones legales referidas a la enajenación y/o gravámenes sobre el contrato de delegación;
 - ix. El cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social con sus empleados y funcionarios.
- b) La operativa
 - i. El cumplimiento de normas de desempeño en la prestación del servicio, dentro de los parámetros mínimos de eficiencia y calidad previstos en el contrato;

- ii. El respeto a las condiciones y requisitos de preservación del medio ambiente, y de mitigación de los impactos ambientales derivados de su gestión;
 - iii. El acatamiento de los plazos a los que se ha comprometido para alcanzar las metas de niveles mínimos de servicio;
 - iv. El desarrollo y puesta en marcha del plan de negocios actualizado y competitivo para el servicio público que presta, dentro del marco contractual;
 - v. El establecimiento de medidas de seguridad y control con la finalidad de evitar riesgos y accidentes internos o externos;
 - vi. La búsqueda de nuevos clientes y la expansión de la red de servicios que presta, de conformidad con los acuerdos contractuales;
 - vii. La implementación de una política comercial que posicione al servicio como accesible para los usuarios, y a la vez rentable para el delegatario.
- c) La técnica
- i. La provisión de los equipos y dispositivos que sean adecuados para el correcto funcionamiento del servicio, así como el mantenimiento periódico del equipamiento existente;
 - ii. La constante actualización tecnológica, a través de los sistemas y programas que garanticen al usuario la confiabilidad del servicio en cuanto a su prestación ininterrumpida y su calidad;
 - iii. La edificación de la infraestructura necesaria para el adecuado funcionamiento del servicio, de conformidad con el proyecto técnico aprobado por las partes, y el mantenimiento constante de las instalaciones delegadas;
 - iv. La implementación de mecanismos que garanticen que el servicio público prestado se encuentre al alcance de todos los usuarios que lo requieran o lo deseen.
 - v. En cumplimiento del programa de inversiones ofrecido por el privado.

5.1.3 Incentivos al buen desempeño vs. sanciones

Es necesario destacar que la actuación del Estado debe estar orientada a la eficiente prestación del servicio público, por sobre la ejecución de las garantías, o la imposición de sanciones al privado por las deficiencias en la calidad del servicio o el incumplimiento de sus compromisos en general.

No se cumpliría el objetivo de los mecanismos de coparticipación si el Estado acumula a su favor multas e indemnizaciones, sacrificando la adecuada prestación de un servicio público que repercute sobre todos los usuarios. Por ello, la labor del Estado debe orientarse a la previsión y el control ex-ante, que eviten el incumplimiento del privado a sus obligaciones.

En este contexto, resulta recomendable procurar la existencia de incentivos que, en cualquier contrato entre particulares, buscan asegurar el correcto funcionamiento de éste, mientras que en las delegaciones, perseguirían además la adecuada prestación de un servicio público.

La supervisión perfecta y el cumplimiento total de lo acordado puede resultar imposible, y de ahí que el contrato deba estructurarse de manera que la parte que realiza la acción tenga un incentivo relativamente mayor para actuar en la forma preferida por la otra parte.⁵⁶

De esta manera, el diseño del contrato debiera estar orientado a incentivar el correcto desempeño del privado, por sobre imponerle castigos. Los estímulos al delegatario generalmente funcionarán mejor si revisten una consecuencia económica favorable para éste.

5.2 Mecanismos de supervisión

De manera general podemos señalar que la supervisión de una coparticipación contempla tres tipos de atribuciones:

- La de realizar inspecciones y controles in situ, a las instalaciones delegadas;
- La de emitir disposiciones al delegatario, en el sentido de hacer o no hacer, esto es, mandatorias o prohibitivas, con la finalidad de obligarlo a explotar u operar el servicio público de la manera que el Estado estime compatible con los niveles de eficiencia y precios deseables;
- La de imponer al delegatario las medidas y los requerimientos que sean necesarios para mantener al otorgante actualizado sobre la evolución de la coparticipación, y en especial sobre la gestión que está realizando el privado.

⁵⁶ D. Kreps-McGraw, "Curso de Teoría Macroeconómica", Interamericana de España S. A, Madrid, 1994.

Se debe precisar que nuestra legislación de modernización, distingue la concesión de obra pública de aquella de uso o servicio público, señalando responsabilidades de supervisión específicas para el concedente en ambos casos. La diferencia radica en que en la concesión de obra pública el elemento principal a fiscalizar será el desarrollo y la calidad de la ejecución de las obras, de conformidad con el proyecto técnico pactado; mientras que la supervisión de una concesión de servicio público se orienta a la gestión y calidad de dicho servicio, el cual puede traer aparejada la edificación de una obra, cuyo avance será inspeccionado también. Esta distinción es común en las legislaciones latinoamericanas de concesiones, motivo por el cual suele distinguirse la supervisión de la construcción y la de la explotación.

Siguiendo esta línea, distinguiremos los mecanismos de supervisión aplicables a un proyecto cuyo objetivo sea una construcción, de aquellos orientados a proyectos cuya finalidad consista en la prestación de un servicio público.

a) Mecanismos de supervisión de delegaciones de obras públicas.- Según dispone el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado en su capítulo III, se entiende por concesión de obra pública a la concesión temporal y su explotación de cualquier inmueble que se construya, repare, conserve, mantenga u opere. En este contexto corresponderán al concedente las siguientes obligaciones:

- *Aprobación de proyectos de ingeniería.-* Aprobar el proyecto general de ingeniería de cada fase a edificarse, si se tratare de una obra nueva; si fuese una reparación o mantenimiento, bastará con la aprobación del por parte del concedente del programa de trabajo presentado por el adjudicatario. El concedente podrá requerir las modificaciones que estime necesarias para ajustar el proyecto de ingeniería a las especificaciones requeridas.
- *Fiscalización.-* El concedente controlará directamente o a través de terceros, el avance, desarrollo y calidad de las obras, en consonancia con el proyecto aprobado y las estipulaciones requeridas.
- Aprobar la puesta en servicio de la obra, la cual podrá ser provisional o definitiva.
- Aprobar el proyecto final de ingeniería, los planos y memorias de la obra.
- Efectuar mediciones y sistemas de conteo, u otros mecanismos especiales, según la naturaleza de cada obra.
- Aprobar las modificaciones al Reglamento Interno de uso de la obra.

b) Mecanismos de supervisión de delegaciones para la prestación de un servicio público.- El Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado contiene las siguientes normas referidas a los mecanismos de supervisión para las concesiones de servicios públicos:

“Art. 81.- En los contratos de concesión de uso y de servicio público se podrán establecer periodos de gestión al final de los cuales se evaluarán las condiciones bajo las cuales el concesionario ha venido prestando el servicio y el grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato.

La evaluación de los periodos de gestión podrá ser realizada por firmas auditoras de prestigio y especializadas en el tipo de servicio que el concesionario viene prestando.

En las bases de la licitación y en los contratos de concesión de obra pública se estipularán los sistemas de información que el concesionario deberá entregar al concedente, así como el derecho de éste a verificarla directamente; además se establecerá los controles permanentes durante las distintas fases del contrato a que tiene derecho la entidad concedente”.

“Art. 85.- ...Los concesionarios están obligados a entregar a la autoridad concedente la información que le sea requerida, relacionada con el contrato de concesión, así como aceptar los controles que correspondan al concedente, según este Reglamento y el correspondiente contrato”.

Por tratarse de un área sumamente compleja y poco estandarizada a nivel global, los mecanismos de supervisión tienden a variar importantemente dependiendo del sector específico y del negocio puntual del cual se trate. Debe precisarse que la premisa fundamental del supervisor debe estar orientada a vigilar el cumplimiento por parte del privado de los niveles y parámetros mínimos de servicio establecidos en los documentos licitatorios y acordados entre las partes.

A continuación pasaremos a mencionar algunos de los mecanismos de supervisión que se emplean comúnmente en las coparticipaciones de servicios públicos:

- *Evaluaciones de desempeño.-* En los contratos se suelen establecer evaluaciones periódicas al desenvolvimiento del privado, bajo las pautas y con los parámetros acordados, las cuales se realizan por parte del supervisor, con el apoyo externo necesario.
- *Auditorías de gestión.-* Se trata de la labor que desarrollan terceros especializados, para evaluar de manera imparcial y objetiva la labor del privado, verificando también su situación financiera. Los resultados de las auditorías se dirigen directamente al delegante.
- *Parámetros establecidos por organismos internacionales.-* Existen entidades especializadas internacionales, tales como la OMI, IATA, OACI,

etc. que emiten normas de funcionamiento sectoriales con carácter de internacionales y estándar. La observancia de estas pautas puede constituir un elemento de constante supervisión por parte del delegante.

- *Auditorías de seguridad.*- También puede requerirse la elaboración de auditorías que verifiquen el cumplimiento de las normas y medidas de seguridad aplicables al sector del cual se trate.
- *Opinión de usuarios.*- Se trata de recabar los comentarios y criterios de los usuarios del servicio sobre éste.
- *Sugerencias y reclamos de usuarios.*- Consiste en utilizar diversos canales para obtener directamente del usuario sus reclamos, discrepancias o disconformidad con el servicio recibido.
- *Clientes fantasma.*- Consiste en un mecanismo implementado por el delegante a través de personeros propios, para conocer de directamente del usuario las condiciones bajo las cuales se está prestando realmente el servicio, los procedimientos empleados, las tarifas aplicadas, los inconvenientes o errores que existan, y otros elementos de relevancia.
- *Evaluaciones comparativas con otros negocios/servicios similares.*- Periódicamente puede realizarse comparaciones de desempeño con otras entidades locales o internacionales que presten servicios similares, con la finalidad de establecer el posicionamiento y la competitividad que presenta el servicio delegado, y asegurar que éste se mantenga dentro de estándares objetivamente comparables.
- *Mediciones.*- Se refiere al control de los tiempos de espera a los usuarios para ser atendidos, la duración promedio de la atención por cliente, el transcurso que tarda en activarse o recibirse el servicio público solicitado, el plazo de reparación de los daños o averías, y otros similares.
- *Revisión y control de la información requerida al privado.*- El supervisor deberá verificar la recepción oportuna de la información y documentación solicitada al privado, y constatar que la misma reúna los requerimientos contractuales, por ejemplo, asegurarse que las pólizas de seguros y las cartas de garantía sean renovadas en el plazo previo a su vencimiento, de conformidad con los compromisos contractuales.

5.3 Tipos de infracciones: sanciones

5.3.1 De las infracciones por parte del privado

Un primer elemento a establecer consiste en que las infracciones, cualquiera que fuese su gradación, deben encontrarse en la mayor medida posible detalladamente aparejadas con la sanción que ameriten dentro del contrato. Lo que se persigue con esto es mitigar posibles arbitrariedades por parte del Estado, que podría obrar tipificando libremente como infracciones situaciones que nunca fueron pre-

vistas, y, a la vez, imponiendo sanciones injustas basadas en éstas, por supuesto sin dejar al supervisor desprovisto de su facultad de coacción y poder sancionatorio.

No puede desconocerse la complejidad de preveer con antelación las múltiples formas de acción u omisión que podrían generarse en el curso de una coparticipación, razón por la cual siempre existirá una ventana de discrecionalidad para el supervisor para efectos de determinar la existencia de una infracción y sancionarla; mas el concepto rector debe consistir en proveer al privado de la mayor seguridad jurídica posible en cuanto al régimen punitivo, vía la creación de cuerpos colegiados compuestos por ambas partes, así como concediéndole las instancias de apelaciones y recursos que correspondan. Una vez más, se trata de generar un justo medio en el cual el Estado cuente con los mecanismos de control y poder necesarios para conminar al privado a cumplir sus compromisos, y, éste a su vez, no se encuentre completamente desprotegido frente a la potencial arbitrariedad del supervisor.

El rol del Estado debe estar orientado a precautelar la calidad y justo precio del servicio, por sobre el cobro de multas o la imposición de penalidades al privado. En este contexto, las sanciones previstas en los contratos de delegaciones deben tener como finalidad evitar que el incumplimiento se produzca, dotando al Estado para ejercer su fuerza coercitiva e imponer los castigos que incentiven al privado a no caer en incumplimientos, ni apartarse de sus compromisos.

Las infracciones pueden dividirse en los siguientes grupos:

- Infracciones leves, se refiere a aquellas que revisten generalmente carácter administrativo, o recaen sobre actividades que no tienen mayor trascendencia para la prestación del servicio público;
- Infracciones graves, serán las que afecten los acuerdos contractuales de importancia, directamente relacionados con los estándares de calidad del servicio, los precios a cobrarse a los usuarios, el grado de competitividad del negocio, el cumplimiento de las ofertas realizadas en las cuales se sustentó la selección del delegatario, y similares;
- Infracciones gravísimas, se trata de aquellas que revisten una gran magnitud, e implican condiciones negativas para la prestación del servicio y sus usuarios, o que aparejan incumplimientos contractuales vitales e irreparables, tales como la suspensión arbitraria del servicio, la clausura de las instalaciones por incumplimiento de las obligaciones frente a autoridades públicas (sanidad, rentas, seguridad social, etc.).

Es preciso considerar que para que se configure una infracción debe existir algún grado de culpa por parte del privado, de conformidad con las normas de derecho civil que a tales efectos rigen. Como contrapartida, no tipificarían como infracciones las conductas u omisiones del particular ocasionadas por caso fortuito o fuerza mayor, sin que medie su voluntad o éste se haya expuesto imprudentemente a tales circunstancias. En ciertos casos excepcionales, puede considerarse la comisión de una infracción por el mero hecho de ocurrir un suceso o darse una omisión, con sustento en la teoría de la responsabilidad objetiva, lo cual lógicamente deberá estar previsto con el mayor detalle posible en el contrato.

Sobre este tema, el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado señala:

“Art. 105.- El incumplimiento, por el concesionario, de cualquier obligación del contrato, lo hará incurrir en las sanciones previstas en este Reglamento, las bases y el contrato. No podrá eximirse de responsabilidad aún cuando contrate o subcontrate con terceros la ejecución de obras o el desempeño de ciertas funciones.

En el periodo de la construcción será particularmente responsable por los plazos de inicio, terminación y puesta en marcha de las obras. Tampoco podrá introducir variaciones no autorizadas en las obras o especificaciones del contrato.

Durante la explotación serán causas de sanción, las siguientes:

- a) Negligencias en la conservación de la obra, sus sistemas y equipos en los niveles de calidad estipulados;*
- b) Retraso en la ejecución de los trabajos de mantenimiento según las pautas y cronogramas aprobados;*
- c) Interrupción voluntaria total o parcial del servicio, sin autorización previa del concedente;*
- d) Cobro de tarifas superiores a las autorizadas;*
- e) Cualquier otro incumplimiento de obligaciones y plazos pactados;*

La gradación y monto de las sanciones, según su gravedad, se determinará en el contrato”.

Este artículo ilustra acciones que son consideradas infracciones por parte de un concesionario.

5.3.2 De las infracciones por parte del Estado

En este punto, corresponde también analizar la responsabilidad contractual del Estado en los acuerdos de coparticipación. Si bien es cierto que el privado tiene obligaciones derivadas de los contratos suscritos, no es menos verdad que el Estado también adquiere con la firma de contratos de coparticipación, sus propios compromisos.

En la concesión de servicios públicos, el incumplimiento del contrato por el Estado ha sido estudiado diferenciando tres grupos:

- Por una parte el incumplimiento derivado del ejercicio incorrecto del poder de intervención unilateral de la Administración Pública en la concesión y dentro de este primero, distinguiendo si la intervención incorrecta se produce por la actividad en exceso, por actividad en defecto, o por falta de actividad;
- Un segundo grupo se refiere a los incumplimientos desde el punto de vista económico-contractual, en el sentido de ruptura o desequilibrio provocado o mantenido por la propia Administración;
- Por último existe un posible incumplimiento de una serie de medidas o medios auxiliares de la delegación cuyo no reconocimiento por la Administración puede también originar determinadas quiebras o rupturas en el servicio objeto de la concesión.⁵⁷

En otras palabras, la responsabilidad contractual del Estado determina que éste incurre en incumplimientos cuando ejerce incorrectamente sus atribuciones de intervención en la actividad del privado, realiza acciones que generan la ruptura del equilibrio económico del contrato, o transgrede acuerdos contractuales entre los que se consideran los retrasos en sus obligaciones de pagar, dar, o hacer, y en el caso extremos, la omisión total de sus compromisos. Estos conceptos no son más que el reflejo práctico de la responsabilidad administrativa y su principio de reciprocidad.

El Reglamento a la Ley de Modernización del Estado sobre este tema dispone:

“Art. 87.- En todo contrato de concesión, además de las obligaciones y derechos que imponen la ley y los reglamentos, deberán constar las siguientes de la autoridad concedente o del ente de control:

⁵⁷ M. Domínguez-Berrueta de Juan, “El Incumplimiento en la concesión de servicio público”, Editorial Montecorvo S.A, Madrid, 1981, pg. 242.

- a) *Garantizar a la concesionaria la exclusividad de la explotación materia de la concesión en la forma acordada, cuando fuere aplicable;*
- b) *Obtener que las demás entidades u organismos del sector público permitan al concesionario el desarrollo de sus actividades y la ejecución del contrato;*
- c) *Permitir que el concesionario obtenga su retribución según el esquema convenido;*
- d) *No intervenir en la administración de la operación del concesionario, salvo en los casos estipulados en la ley o en el contrato;*
- e) *Dar la seguridad necesaria al concesionario para que pueda cumplir con las finalidades de la concesión...*
- h) *Coordinar y gestionar con otras entidades públicas, los trámites, acciones o autorizaciones conducentes a facilitar al concesionario el desarrollo y operación de la obra... ”.*

La norma citada ilustra, entre otras, cuáles son las responsabilidades del Estado dentro de un contrato de concesión. Si dichas obligaciones fueren incumplidas por la autoridad concedente, por sí misma, sus funcionarios, o terceros organismos públicos, se configuraría una infracción o incumplimiento que afectaría al concesionario y su actividad comercial, razón por la cual asistirían a éste las medidas y acciones jurídicas que la ley y el contrato le otorgaren, tales como el derecho a reclamar una indemnización al concedente, tema que será tratado en el capítulo seis de este estudio.

Como corolario, la Constitución de la República del Ecuador dispone:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

...9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.”

Con esta cita en concordancia con los artículos 52 y 53 de la Constitución ecuatoriana, concluimos ratificando que todo funcionario público es responsable de sus actos, razón por la cual el incumplimiento contractual del Estado frente a un contrato de delegación no solamente obliga a éste, sino al o los funcionarios públicos responsables de dicho incumplimiento. Para estos efectos nuestra legislación reconoce la institución del derecho de repetición que puede dirigir el Estado contra el funcionario por cuya causa se hubiere visto obligado a pagar una indemnización, conforme dispone el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 213.

5.3.3 De las sanciones al privado

Las sanciones a imponerse al delegatario generalmente irán orientadas a afectarlo en el punto que le resulta más sensible, esto es, el económico. Puede considerarse también, como la máxima sanción, la extinción del contrato de coparticipación por incumplimiento del privado.

La cuantificación de la sanción debe guardar relación con la gravedad que revista la infracción, por lo tanto, debiera respetarse el principio de proporcionalidad entre la pena y la conducta sancionable, teniendo en consideración la recurrencia que haya mostrado el particular en sus incumplimientos.

De manera general, el Estado cuenta con las siguientes medidas preventivas y/o sancionatorias:

- a) *Multas*: Las multas consisten en la imposición de una sanción pecuniaria erogatoria de recursos en contra del privado, con miras a que éste se sienta afectado económicamente por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o la perpetración de una infracción. El régimen de multas deberá constar en el contrato de coparticipación, y de preferencia tendrá una gradación de montos, que irán respondiendo en mayor cuantía a la gravedad de la transgresión en la que hubiere incurrido el privado. Para estos efectos, vale citar la disposición del Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado que en su artículo 87, literal g), señala que en todos los contratos de concesión deberá constar entre otras obligaciones, la de la autoridad concedente de cobrar las respectivas multas de conformidad con el esquema

acordado en el contrato, y aplicar, en general las sanciones administrativas previstas en el contrato.

b) *Garantías*: Las garantías constituyen mecanismos de resguardo o prevención, frecuentemente utilizadas por los Estados para precautelar sus intereses y los de sus ciudadanos, tanto en la contratación pública como en las coparticipaciones. En este contexto, las clases de garantías más comunes son las que se mencionan a continuación:

- Garantía de seriedad de la oferta;
- Garantía de fiel cumplimiento del contrato;
- Garantía de construcción;
- Garantía de explotación.

En los contratos de coparticipación las responsabilidades del privado exceden ampliamente a las de un contratista público, por este motivo las garantías que se le exijan deberán guardar consonancia con el nivel y alcance de sus obligaciones, y con el perjuicio que sus incumplimientos puedan causar a los ciudadanos. De la mano de este pensamiento, va la premisa de establecer garantías como sanciones expresas a determinados incumplimientos, dentro del contrato correspondiente.

Citaremos en seguida las normas del Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado que guardan relación con este tema:

“Art. 82 - En cada contrato de concesión se incluirá un régimen de garantías para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que asume el concesionario. Dicho régimen tendrá en consideración factores como...””.

“Art. 83 - El monto y forma de las garantías correspondientes al fiel cumplimiento del contrato será fijada en las bases, las mismas que podrán contemplar garantías independientes para las fases de construcción y de explotación de la obra o servicio.

El incumplimiento por el concesionario de cualquiera de las obligaciones del contrato, facultará al concedente para hacer efectiva la totalidad o parte de la garantía correspondiente, según la gravedad de la infracción...””.

“Art. 106.- Las multas o sanciones aplicadas por el concedente deberán ser pagadas por el concesionario dentro de treinta días siguientes a la fecha de envío de su

notificación. Si el concesionario no cumplierse la sanción impuesta, dentro del plazo fijado, el concedente podrá a pedido del Fiscalizador o por sí, hacer efectivas las garantías, sin perjuicio de las demás acciones que procedan...”.

Para efectos de las formas en que pueden rendirse las garantías, es dable remitirse como referencia a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 73 (garantía bancaria, póliza de seguro, hipoteca de bienes raíces, depósito de bonos del Estado, certificados bancarios de depósito a plazo), ya que no existe una disposición sobre esta materia en la legislación de modernización. Sin embargo, cabe destacar que en las bases del concurso para cada coparticipación deberá indicarse expresamente cuáles serán las clases de garantías exigidas, y las formas en que las mismas se rendirán válidamente.

Como aspecto final de este tema, hay que tener en consideración que la ejecución de una boleta o carta de garantía constituye un elemento de mucha relevancia en el curso de una coparticipación, ya que además de tratarse de una sanción pecuniaria que afecta al privado, configura una alerta sobre el desempeño del mismo, e incluso un antecedente que podría indicar la falta de idoneidad de su gestión, con las correspondientes consecuencias.

- c) *Seguros:* Los seguros consisten en un mecanismo de resguardo distinto a las garantías, y precautelarán generalmente: los bienes afectos a la concesión asegurándolos de riesgos de destrucción por caso fortuito o fuerza mayor; la responsabilidad civil del privado por daños a terceros, entre otros aspectos. Independientemente de reconocer que las pólizas de seguro pueden constituir una forma de garantía, hemos realizado una distinción entre ambas, basada en el objeto que persiguen. El enfoque en este caso consiste en que las garantías caucionan la conducta o el desempeño del privado, mientras que los seguros se orientan a cubrir riesgos potenciales a las instalaciones delegadas o a terceras personas, que pudieran suscitarse por causas ajenas al accionar del privado. En el capítulo tercero de este estudio se analizan los riesgos de las coparticipaciones, y se mencionan los seguros existentes para cubrir dichos riesgos.
- d) *Intervención:* La intervención del contrato de delegación será analizada de manera particular en el numeral 5. 4 de este capítulo.

- e) *Terminación del contrato*: La sanción más grave que puede imponerse dentro de un mecanismo de coparticipación, independientemente de medidas de carácter penal que pudieren corresponder, es la terminación del contrato de concesión. Sobre este aspecto, dispone el Reglamento a la Ley de Modernización del Estado lo siguiente:

“Art. 97.- En los casos que el concesionario haya incurrido en culpa grave en el cumplimiento de sus obligaciones; cuando éste haya abandonado la obra o incumplido en la prestación del servicio materia de la concesión; o cuando por diversas causas haya sido sujeto de multas..., o en los casos expresamente establecidos en las bases y en el contrato, la autoridad concedente podrá declarar la caducidad de la concesión, siempre que hubiese mediado solicitud para que subsane las citadas causas en un plazo razonable y en concesionario no lo hubiere hecho, y que la autoridad concedente no se encontrase en mora de sus obligaciones”.

Las causales de terminación del contrato de coparticipación deberán estar claramente determinadas contractualmente, y, deberán revestir alta gravedad para guardar concordancia con la drásticidad de la sanción establecida, contemplando siempre un procedimiento previo que permita al privado justificar su accionar y asegure su derecho a la defensa.

5.3.4 De las sanciones al Estado

Como consecuencia lógica del principio de la responsabilidad administrativa, y particularmente de la responsabilidad contractual del Estado, al incurrir éste o sus funcionarios en incumplimientos o infracciones, surgirán sanciones en su contra.

Como ejemplo de ello tenemos las siguientes normas del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, el cual sobre estos aspectos dispone:

“Art. 80.- ...Si el concedente retarda la expropiación y no pone a disposición del concesionario los inmuebles en el momento requerido..., deberá compensar al concesionario con un aumento en el plazo de la concesión en un período igual al del retardo y pagará una indemnización por el daño emergente y el lucro cesante que se ha causado al concesionario...”.

“Art. 98.- Cuando la autoridad concedente incumpla sus obligaciones de manera que impida al concesionario el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, éste último podrá pedir al juez

competente del domicilio del concesionario, que declare la resolución del contrato. El concesionario tendrá derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios...”.

“Art. 74.- ...Sin embargo cuando se concesionase la construcción o rehabilitación de una obra pública y posteriormente cualquier entidad u organismo del sector público por sí o por una nueva concesión a particulares, afecte unilateralmente las condiciones generales del contrato vigente anterior, ese concesionario tendrá derecho a ser indemnizado en el daño emergente y en el lucro cesante”.

El privado tendrá derecho a ejercer las acciones que tanto el contrato de coparticipación como la ley le concedan, para exigir la imposición de sanciones al Estado, con miras a ser resarcido de los perjuicios que las acciones u omisiones de éste último le hayan irrogado.

5.4 Intervención del contrato

El mayor interés del Estado con el otorgamiento de una coparticipación consiste, dentro del tema que nos ocupa, en la provisión ininterrumpida de un servicio público con óptima calidad y precios accesibles.

Con esta premisa, corresponderá al Estado la atribución de intervenir directamente en la gestión del privado cuando surjan situaciones de tanta gravedad que pongan en riesgo los elementos sustanciales de la delegación, a saber:

- a) Suspensión de pagos por parte de la delegataria;
- b) Quiebra de la delegataria;
- c) Notoria insolvencia de la delegataria;
- d) Abandono de la prestación del servicio por parte de la delegataria.

Las definiciones de quiebra, insolvencia y suspensión de pagos de la delegataria, deberán entenderse en el contexto de una empresa privada, y por ende se tendrán como referente las normas ecuatorianas sobre la materia en el Código de Comercio y la Ley de Compañías. Podríamos también incorporar a este grupo de situaciones financieras críticas para la empresa delegataria, al concordato, regulado bajo la Ley de Concurso Preventivo que a tales efectos rige en nuestro país.

En definitiva, al Estado corresponde conforme los preceptos constitucionales, velar por la correcta prestación de los servicios públicos. Cuando dicha provisión se encuentra delegada a la iniciativa privada, el Estado se transforma en supervisor de la gestión del particular, a su vez, en prestador subsidiario de los servicios públicos delegados en caso de fallar el privado.

Por este motivo, la crítica situación financiera o la quiebra del privado, así como el abandono de sus compromisos, obligan al Estado a intervenir directamente en la prestación del servicio público, con miras a asegurar a los ciudadanos la provisión ininterrumpida y eficiente del mismo.

Sobre estos temas, dispone nuestro Reglamento General de Modernización del Estado lo siguiente:

“Art. 100.- En el caso de que el concesionario suspenda el pago de sus obligaciones el concedente podrá asignar un Interventor, dotado de todas la facultades de administración, el que durará en sus funciones hasta que se normalicen los pagos o sea declarada la quiebra.

En el caso de que la sociedad concesionaria fuere declarada en quiebra, el liquidador podrá solicitar a la autoridad concedente la terminación del contrato de común acuerdo para que ésta licite los derechos y obligaciones restantes de la concesión y con su producto pagar las obligaciones pendientes de pago, de conformidad con la ley”.

“Art. 110.- El concedente podrá designar un interventor de la concesión en los casos de notoria insolvencia cuando el concesionario abandone la obra y su explotación...”

...Las facultades del interventor serán todas aquellas que tengan por objeto el cumplimiento de las obligaciones que al concesionario le impone el contrato y el ejercicio de los derechos, salvo los siguientes:

- a) No podrá reducir el nivel tarifario;*
- b) No podrá establecer excepciones a favor de usuario alguno; y,*
- c) No podrá gravar, ni enajenar a la concesionaria en forma alguna...*

...El interventor tendrá, además, todas las facultades del giro ordinario de la sociedad concesionaria y aquellas que impliquen medidas de conservación de su patrimonio. Se prohíbe todo acto de disposición al interventor.

La normalización de los pagos de la sociedad concesionaria que supere la notoria insolvencia o la cesación de pagos, o la incorporación plena de los propietarios o mandatarios de ella en el ejercicio de sus funciones, pone término a la intervención...”.

Estas disposiciones están orientadas a dotar al Estado del poder de introducirse directamente en la gestión de privado, mediante la designación de un interventor, el cual tendrá todas las atribuciones de un administrador ordinario, con las excepciones señaladas en el artículo 110 con miras a evitar posibles abusos o situaciones que tuvieran una incidencia dramática en el negocio: su enajenación, gravamen, discriminación de usuarios, o tarifas subsidiadas o irrealistas.

Vale destacar que la intervención del Estado la administración del particular deberá estar claramente regulada en el contrato correspondiente, con las causales que la originen y los procedimientos tanto para imponerla como para levantarla. Surge como conclusión lógica de esta institución, que es fundamental que el Estado se encuentre constantemente informado de la situación financiera del privado, y que controle muy de cerca su gestión, en otras palabras, la adecuada y permanente supervisión de la coparticipación es un antecedente indispensable para imponer oportunamente una intervención.

Otro aspecto relevante consiste en que por su propia naturaleza, la intervención es una figura jurídica de carácter temporal y no permanente, debiendo concluir una vez que la empresa delegataria normalice su situación económica y/o retome por sí o sus propietarios las funciones abandonadas. En este punto vale señalar que el objetivo de las coparticipaciones es justamente encomendar la gestión administrativa de un servicio público a la iniciativa privada, por considerarla más capacitada para ello, por ende, la irrupción en su campo debe tener naturaleza transitoria solamente para regularizar situaciones anómalas.

5.5 Ejecución del contrato por acreedores

Es preciso recordar que tal como se lo analizó con detalle en el capítulo tercero de este estudio, la naturaleza de las coparticipaciones es básicamente la de un negocio de importante alcance financiero. Por ello, muy frecuentemente, el privado requerirá buscar créditos para cumplir con los compromisos de inversión y construcción que adquirió en el contrato, recurriendo a financistas.

La relación entre la empresa delegataria y sus acreedores no formará directamente parte del contrato de coparticipación, sin embargo, y en la misma línea de lo planteado en el tema de la intervención que se analizó en el apartado anterior, la

situación financiera de la delegataria sí tiene una incidencia directa en su desempeño contractual.

En esta línea, debe tenerse en cuenta que para que un financista acceda a otorgar créditos de gran magnitud, como generalmente serán los que se requieran en las coparticipaciones, exigirán como contrapartida la entrega de garantías por parte del deudor. La delegataria tendrá entonces dos alternativas para ofrecer al financista: cauciones originadas en el patrimonio o activos de sus accionistas; o, activos propios de la coparticipación.

Hemos entrado en un campo en el cual la línea que separa los elementos necesarios para viabilizar financieramente el negocio, se intercepta con las seguridades que debe tomar el Estado sobre sus bienes. La visión sobre el punto hasta el cual el privado estará facultado a gravar los bienes de la coparticipación, variará en cada país, de conformidad con el nivel de desarrollo de su actividad financiera y bursátil, y con la incidencia de su ideología de preservación del patrimonio público. Por lo tanto, en países con mucho desarrollo de productos financieros, las posibilidades de gravamen, titularización y emisión de deuda sobre una coparticipación serán más amplias, mientras que en aquellos más conservadores o nacionalistas en cuanto a políticas de propiedad pública, serán más restringidas.

Nos concentraremos en este momento en analizar cuáles son los derechos que realmente tiene el privado sobre los bienes materia de la coparticipación, habida cuenta que siempre regirá el principio jurídico que establece que nadie puede dar más derechos de los que tiene. Generalmente las coparticipaciones que se dan en los países latinoamericanos son aquellas en las cuales la titularidad de los activos delegados se mantiene siempre en propiedad del Estado, incorporándose a dicho patrimonio progresivamente todas las edificaciones e insumos necesarios para la prestación del servicio público que el delegatario vaya adquiriendo o realizando.

¿Cuáles son entonces los derechos económicos del privado sobre la coparticipación, considerando que no será la propiedad de los activos que la constituyen? Serán básicamente los derechos sobre los bienes que sí le pertenecen al privado, esto es, los ingresos que se produzcan por la explotación del negocio. En términos económicos, se tratará de los flujos del negocio.

Sobre este tema el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado dispone:

“Art. 107.- Si la sociedad concesionaria no establece un Fondo Fiduciario para la administración de los ingresos de la concesión, de haberlo pactado, podrá en cualquier momento constituir en garantía a

favor de sus financistas o acreedores, hasta el setenta por ciento de ellos, siempre que obtenga previamente autorización del concedente. Su petición deberá individualizar las respectivas obligaciones, su monto, el acreedor eventual, el porcentaje de ingreso comprometido y el plazo de esta garantía, si lo hubiese”.

Nuestra legislación de modernización reconoce entonces la posibilidad de constituir a favor de financistas, garantías sobre los flujos originados por la explotación de la delegación, previa autorización del concedente, con el límite del 70% ya que se estima que siempre se requerirá asignar una cantidad de dichos flujos para cubrir gastos operativos y de mantenimiento del negocio.

El contrato de coparticipación deberá regular que los derechos económicos derivados del mismo puedan ser otorgados en garantía, y que además sean transmisible, previendo de tal manera que si el privado incumple sus compromisos de pago con sus financistas, éstos puedan acceder al cobro directamente sobre dichos derechos.

En la legislación anglosajona, la sustitución del delegatario por parte de sus acreedores en caso de incumplimiento, se reconoce expresamente y se denomina “*step in rights*”. Los financistas pueden acceder a la explotación de la delegación, directamente o subcontratando a terceros, con miras a obtener el repago de sus acreencias. Esta figura jurídica es bastante sensible toda vez que se basa en que la delegación no tendría carácter de “*intuitu personae*” entre el Estado y su delegatario, al permitir una ejecución de garantías que implica la sustitución de éste último por otros.

La figura del “*step in rights*” es demasiado agresiva para nuestra realidad jurídica, ya que el Estado busca entregar en manos especializadas la provisión del servicio, y por ende no le resulta igual que una entidad de naturaleza financiera sustituya a la persona que reunió los elementos necesarios para recibir la delegación. Si embargo, con la finalidad de facilitar el otorgamiento de créditos para los negocios de coparticipación, sí se reconoce como válida la utilización de mecanismos fiduciarios que aseguren al financista el repago de sus acreencias. La figura del fideicomiso de flujos consiste en la creación de un patrimonio independiente al del delegatario, el que es administrado por una entidad especializada para el efecto, la cual recibe y asigna los flujos del negocio de coparticipación con la prelación y porcentajes pactados, limitando así la posibilidad de desvío de recursos y sirviendo además como mecanismo de supervisión y alerta de potenciales riesgos o malos manejos financieros por parte del privado. La aplicación de los mecanismos fiduciarios al financiamiento de coparticipaciones, implica la creación de una

especie de entidad intermediaria o sociedad intermedia, a la cual el delegatario transmite sus derechos económicos en la coparticipación, con el objeto que ésta los maneje imparcial y profesionalmente, garantizando así la fuente de repago de los créditos adquiridos por el delegatario. El fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario, en sus múltiples variaciones y usos, está regulado en el Ecuador en la Ley de Mercado de Valores y su Reglamento.

En cuanto a los gravámenes que pueden constituirse sobre los activos de la coparticipación, nos referiremos al Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, el cual dispone:

“Art. 104.- En las concesiones de uso y de servicio público, los bienes y derechos que adquiera el concesionario, a cualquier título, y que queden afectados directamente al objeto materia de la concesión, no podrán ser enajenados ni hipotecados o sometidos a gravámenes de ninguna especie, sin autorización previa de la entidad concedente...”

En las concesiones de obra pública, el concesionario no puede dar en garantía, gravar o enajenar los bienes que son del patrimonio de la entidad concedente”.

Esta disposición persigue precautelar la posible ejecución y remate de activos de la coparticipación por parte de acreedores del privado. Una garantía hipotecaria o gravamen real de cualquier clase, trae aparejada la potencial ejecución del activo por parte del acreedor. Al ocurrir esto, los bienes de la coparticipación quedarían expuestos a caer en manos no solamente de los financistas del delegatario, sino de terceros, situación que atenta contra la naturaleza *intuitu personae* que rige las coparticipaciones en nuestro país. Por ello, la legislación de modernización exige que el delegatario obtenga una autorización previa del Estado para gravar o enajenar los activos de la coparticipación.

En Chile, la intervención por parte de acreedores en las concesiones se encuentra regulada en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, la cual establece “... una prenda especial de concesión de obra pública, la cual será sin desplazamiento de los derechos y bienes prendados. Ella podrá ser pactada por el concesionario con los financistas de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria. Ella podrá recaer: a) sobre el derecho de concesión de obra pública que para el concesionario emane del contrato; b) sobre las acciones de la sociedad concesionaria; c) sobre todo pago comprometido por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título, en virtud del contrato de concesión, y d) sobre los ingresos de la sociedad.”

Como puede apreciarse, la normativa chilena es más amplia en cuanto al abanico de posibilidades de gravamen sobre el negocio, incluyendo el derecho en sí de explotar la concesión, los títulos de acciones de la concesionaria, los ingresos que ésta deba percibir de parte del Estado, y, además, los ingresos del negocio. Ello implica por ende que se reconoce la posibilidad de ejecución y remate por parte de los acreedores. Estas posibilidades no son reconocidas expresamente por nuestra legislación, sin perjuicio de la disposición del Código Civil en su artículo 2391, referente al derecho de prenda general a favor de los acreedores.

CAPÍTULO SEXTO

6. REGULACIÓN DEL CONTRATO

6.1 Necesidad de regulación

6.1.1 Estructura del proceso de regulación

La regulación es la obligada continuación del proceso recientemente emprendido en todo el mundo de privatización de empresas públicas y liberalización de mercados en los antiguos servicios públicos. Sin ella, las privatizaciones constituyen un proceso inconcluso, que se limitaría a sustituir los viejos monopolios públicos por nuevos monopolios privados; de ahí que un nuevo modelo de regulación, que se conoce “regulación para la competencia”, se haga necesario como marco institucional básico para la existencia del mercado. Sin la regulación, simplemente el mercado no podría existir en estos campos.⁵⁸

En el proceso de delimitación de la competencia y el mercado, deben buscarse mecanismos que permitan alcanzar un equilibrio entre:

- Los intereses públicos, esto es, aquellos que está obligado a precautelar el Estado;
- Los intereses de las empresas y de sus accionistas; y,
- Los intereses de los usuarios, a quienes en definitiva todos estos mecanismos deben estar orientados.

Los Estados y sus gobiernos, además de mantener las importantes responsabilidades de definir las políticas y estrategias, garantizar la seguridad de los servicios, y financiar los sectores menos atractivos tales como caminos rurales y educación pública, también deben convertirse en justos reguladores económicos de los servicios públicos cuya prestación ha sido delegada al sector privado.

Surge ante esta situación la ciencia conocida como “regulación económica”, que consiste en la implementación del conjunto de soluciones que utilizan la técnica regulatoria o de legislación para implantar la competencia en sectores estratégicos antes monopolizados (electricidad, sector petrolero, sector transporte, agua potable, entre otros), en pos de introducir en ellos nuevos competidores. En este tipo de regulación, la libre iniciativa empresarial y las obligaciones o cargas nece-

⁵⁸ Gaspar Ariño-J.M. de la Cuétara, “Problemas pendientes en la Regulación de los Grandes Servicios Públicos y configuración de Entes Reguladores,” Congreso Mundial sobre regulación económica, Banco Mundial y Programa de Estudios de Regulación Económica PERE, Sevilla-España 1996, pg. 11.

sarias para la existencia y el funcionamiento del mercado deben coexistir equilibradamente⁵⁹.

Se trata de un nuevo tipo de regulación, que viene luego de la etapa de “desregulación”, que corresponde a la transición entre el antiguo modelo y el actual. La regulación debe funcionar con la precisión de un reloj suizo, manteniendo constante vigilancia e introduciendo pequeños ajustes para conseguir que el mercado funcione correctamente, evitando así abusos, injusticias y anomalías. Como complemento a esta idea, la regulación no debe responder nunca a un tipo de actuación impositiva o autoritaria por parte del Estado, ni de facto, ni a normas totalitarias, sino a un modelo razonable de ordenamiento a base de incentivos que incluso pueden ser contractuales.

En este contexto, en la transición del viejo modelo de prestación de servicios públicos directamente por parte del Estado hacia la delegación de la provisión de éstos al sector privado, surgen muchas interrogantes y decisiones pendientes, tales como: ¿Se deberá diseñar a la nueva prestadora del servicio como un negocio en sí mismo, o como un servicio a los usuarios?; ¿Deberá ser una sociedad independiente o una empresa de los usuarios?; ¿Deberán reflejar las tarifas sólo el costo del servicio o podrá cobrarse el mismo al precio de mercado actualizado? Todas estas son definiciones que cada Estado debe realizar a nivel sectorial, y luego a nivel nacional, con la finalidad de establecer reglas claras para los inversionistas, a la vez que atractivas para ellos, todo esto sin descuidar ni perjudicar a los usuarios.

Es preciso tener en cuenta que el diseño de una estructura empresarial bajo el nuevo modelo de coparticipación, resulta altamente complejo para el Estado: Desde el punto de vista económico-financiero, las coparticipaciones serán más exitosas si se llevan a cabo con empresas con posiciones fuertes en el mercado (pocas, grandes, bien consolidadas); desde el punto de vista del fortalecimiento de la competencia, conviene diversificar la oferta lo más posible sin posiciones de dominio del mercado para nadie; por último, existen ciertas exigencias técnicas y de inversión, de carácter sectorial, que obligan a dotar o matener empresas de una cierta categoría o tamaño. Toca por tanto al Estado definir con anticipación con qué tipo de estructura empresarial llevará a cabo las delegaciones, acorde a sus políticas estratégicas, económicas, y, al mejor interés de la ciudadanía.

⁵⁹ Gaspar Ariño-J.M. de la Cuétara, Congreso Mundial sobre regulación económica, obra citada, pg. 2.

La regulación en las coparticipaciones nace:

- Del propio Estado a manera de *legislación y normas* que actúen como “trigger” o detonante del cambio de modelo, esbozando las nuevas reglas que gobernarán a los participantes. Un marco legal adecuado es fundamental para que se produzcan las inversiones y para que se active la libre competencia, ya que la seguridad jurídica es esencial para viabilizar el sistema, más allá del apoyo político que se requiere para consolidar las coparticipaciones en los diversos sectores de servicios públicos de un país.
- De *cada contrato* de delegación⁶⁰. El contrato es el instrumento legal que reúne los elementos económicos clave que el Estado desea resaltar en la coparticipación con el privado, debiendo cuidarse que el mismo tenga la suficiente solidez para servir como herramienta de dirección y apoyo para las decisiones del regulador.

La cobertura del contrato deberá procurar englobar todos los aspectos importantes de la delegación, e incluir una descripción detallada del objeto de la coparticipación, de las obligaciones y derechos derivados de la delegación, de los procedimientos a cumplirse, y de las contingencias en caso de surgir eventos imprevistos. Todas las partes involucradas deberán tener el sustento legal para su intervención y responsabilidades. El regulador debe confiar en el contrato como simplificador y herramienta de ejecución de la compleja normativa que generalmente rige sectorialmente.

Los contratos deben proveer una serie de instrumentos que permitan a los reguladores (cuya creación será generalmente reciente), gestionar en pos de la eficiencia y la justicia en el sector; por ello, desde la perspectiva del regulador, un contrato de delegación deberá contener al menos los siguientes elementos:

- a) Descripción detallada de la actividad que se delega en el contrato, con el detalle de los servicios que abarque y su alcance geográfico;

⁶⁰ Antonio Estuche-Ginés de Rus, WBI, ob. Cit, pg. 16.

- b) La exclusividad o las normas de competencia bajo las cuales se va a desempeñar el privado;
 - c) Estado de los bienes entregados en delegación y valoración de éstos, que resultará de mucha importancia para los conflictos que pudieren surgir y durante la etapa final de la delegación;
 - d) Duración o plazo del contrato;
 - e) Inversiones mandatorias y otras obligaciones del privado;
 - f) Ingresos, tarifas y régimen regulatorio;
 - g) Control y régimen sancionatorio;
 - h) Ámbito y normas para la renegociación;
 - i) Condiciones y causales de terminación del contrato.
- *De las llamadas entidades reguladoras*, que son los organismos creados especialmente para el efecto, o bien preexistentes a quienes se les asigna la función de regular o normar la sana competencia en el sector correspondiente, así como el correcto curso de las coparticipaciones.

Es requisito fundamental para que el sistema regulatorio que rija las coparticipaciones pueda funcionar, que tenga credibilidad. Para ello, a más de requerir que se encuentre técnicamente bien formulado, es necesario que se creen instituciones reguladoras independientes que serán responsables de normar los procesos y controlar su desarrollo. El regulador jugará, dentro de un mercado progresivamente competitivo, un rol similar al de un árbitro, quien deberá actuar como prudente compositor de intereses contrapuestos. Con el objetivo de ganar y mantener la credibilidad de todos los actores sectoriales, el regulador debe ser independiente de intereses o grupos de poder económicos, políticos y sindicales.

6.1.2 Las entidades reguladoras

Para lograr el éxito en sus funciones, toda entidad reguladora deberá reunir los siguientes elementos clave⁶¹:

⁶¹ Gaspar Ariño-J.M. de la Cuétara, Congreso Mundial sobre regulación económica, obra citada, pg. 19.

- a) *Absoluta independencia.*- El primer aspecto a destacar es que la independencia de la institución es incuestionable. La separación entre el regulador y los regulados, así como la precisión de sus relaciones con los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial), y con las empresas y los usuarios del sector, son los aspectos que deben definirse. Los niveles de independencia pueden variar, acorde a las políticas de Estado y al sector del cual se trate, pero siempre la premisa será que ni el poder económico, ni el poder político, ni las fuerzas sociales, deberán tener posibilidades o primacía para capturar o dominar al regulador.
- b) *Definición concreta de sus responsabilidades.*- Dependiendo del nivel de desarrollo del Estado del cual se trate, y de la capacitación del personal técnico con el que cuente, las entidades reguladoras pueden tener alcance multisectorial (servicios públicos básicos, transporte) como por ejemplo en Australia, Canadá, Costa Rica, Estados Unidos; o se les asignará funciones exclusivamente sectoriales como ocurre generalmente en los países subdesarrollados.

En cualquiera de los casos las atribuciones básicas de las entidades reguladoras tendrán que ver con: la concesión de licencias y vigilancia del cumplimiento de sus términos, la fijación y exigencia de estándares de calidad, el establecimiento de tarifas, la resolución de disputas entre operadores o entre éstos y los usuarios, la imposición de las sanciones si cupieren, y la emisión de guías o reglamentaciones operativas en asuntos relevantes para el sector. En general, la responsabilidad de la expedición de normas superiores (leyes, reglamentos) debe permanecer en los poderes correspondientes del Estado, siendo la función del regulador la de emitir las directrices complementarias.

- c) *Organización interna y recursos propios.*- Si bien no se trata de una descentralización de competencias propiamente dicha, puede aplicarse el principio que rige a ésta que dispone que *no hay descentralización de competencias si no se transfieren también los recursos correspondientes*. Con esto queremos ilustrar que la asignación de funciones a un regulador debe ir aparejada con la dotación de los recursos y de la estructura administrativa de la cual requiera para cumplir adecuadamente sus cometidos.

Una entidad reguladora que no cuente con presupuesto propio, sino que deba recibirlo de un organismo público extraño, o que dependa del personal o las instalaciones de terceros, jamás logrará los resultados para los que fue creada. Tan importante es la independencia de influencias políticas y económicas, como la independencia administrativa.

En general suele designarse una aportación para el presupuesto de la entidad reguladora, que se origina en los fondos generados en el sector del cual es responsable.

Como Anexo 4 a este estudio se encontrará un cuadro explicativo de la división de atribuciones entre el gobierno, las entidades reguladoras y otros organismos públicos.

6.2 Mecanismos de regulación de la competencia: el monopolio y la exclusividad

6.2.1 La regulación de la competencia

En el proceso de transición del viejo modelo de prestación de servicios públicos directamente por parte del Estado hacia la delegación de la provisión de éstos por el sector privado, generalmente surgirán nuevos monopolios y oligopolios, en los cuales el precio, las inversiones y la calidad de servicio a los cuales se comprometió el correspondiente prestador, deben ser supervisados para proteger a los usuarios.

Cuando el Estado delega una determinada actividad, puede hacerlo para que el particular la ejerza en forma monopólica o exclusiva. Si la entrega es en monopolio, significa que el Estado ha suprimido la concurrencia en una actividad de libre ejercicio hasta entonces, para reservar tal ejercicio a una persona pública o privada. Mientras que si la otorga en forma exclusiva, el Estado asume el compromiso de no otorgar nuevas delegaciones para el mismo servicio o actividad por un período limitado de tiempo. Si el Estado observa durante ese lapso esa actitud pasiva, su comportamiento estará ajustado a derecho.⁶²

Las demás personas, amparadas en la libertad de trabajo, y en ejercicio de sus demás derechos constitucionales, pueden ejercer por sí y para sí mismas, la actividad que motivó el privilegio de “exclusividad”. Así, en el servicio de suministro de energía eléctrica, por ejemplo, la cláusula de exclusividad no impide que los

⁶² Daniel Edgardo Maljar, ob. Cit, pg. 317.

particulares produzcan electricidad para su propio consumo. En cambio, si se tratare del privilegio de “monopolio”, al quedar suprimida la concurrencia, el titular de éste sería el único que podría ejercer la actividad objeto del monopolio, por tanto en el mismo ejemplo anterior, las demás personas no podrían producir energía ni siquiera para su propio consumo, ya que estarían obligadas a adquirirla al delegatario.

Regularmente, serán las mismas fuerzas que han liderado la liberalización y la privatización de un sector, las que luego ejercen presión para su desintegración horizontal y vertical. Por ende, la liberalización lleva por sí misma a la pluralidad de actores sin necesidad de acciones regulatorias específicas, pero la regulación debe velar siempre para mantener una oferta diversificada, lo cual se suele implementar a través de la desintegración de las actividades comprendidas dentro de un mismo sector o servicio. Un sector en el cual naturalmente se entiende la separación de funciones para estimular la competencia es el de la electricidad: generación, distribución, comercialización, transporte.

Cuando existe competencia en el mercado, se requiere muy poca regulación económica, ya que siguiendo el principio de ésta ciencia que menciona que *las fuerzas del mercado se regulan solas*, al existir varios competidores, la mano invisible del mercado se convierte en su propia reguladora. Sin embargo, cuando se trata de servicios públicos, dada la gran magnitud de los costos de inversión requeridos y la indivisibilidad de los activos existentes, generalmente dichos servicios han tendido a prestarse por parte del Estado bajo un régimen monopólico, y son éstas las mismas condiciones con las cuales se entregará inicialmente en delegación al particular esos servicios.⁶³

Existen diversos mecanismos para estimular la competencia, y su selección dependerá del sector del cual se trate, del nivel de integración técnica de la actividad en cuestión, y de las características y condiciones de la prestación del servicio. La competencia en el mercado garantiza la libre entrada y salida y permite a la oferta y la demanda determinar las combinaciones de precio y calidad que resulten más convenientes. A pesar que la introducción de estándares de calidad es generalmente efectiva, se puede lograr los mismos efectos sin alterar la verdadera naturaleza de la competencia.

¿Cuál es la mejor manera de seleccionar los mecanismos apropiados de regulación de la competencia en un sector? La primera pregunta a realizar es la siguiente: ¿resulta menos costoso producir con una sola empresa que con varias empresas? Si dos o más empresas pueden producir mejores resultados para los usuarios

⁶³ Antonio Estuche-Ginés de Rus, The World Bank, ob. Cit, pg. 12.

que una sola empresa, interferir en la competencia no es necesario. El rol del regulador en este caso consistiría en asegurarse del cumplimiento de las obligaciones que tienen los particulares prestadores de servicios públicos, y, a su vez de aquellas del Estado y el delegante con respecto al prestador y a los usuarios.

Puede ocurrir también que el desempeño de una sola empresa en el mercado brinde mejores resultados en cuanto a eficiencia y calidad, debido a la economía de escalas. En este caso, corresponderá al regulador un rol de supervisión mucho más detallada del desempeño del monopolio, trabajando con miras a la posibilidad, en mediano plazo, de estimular la desintegración vertical u horizontal del negocio monopólico.

6.2.2 La exclusividad en la prestación de servicios públicos

Entendemos por exclusividad, conforme el contexto esbozado en el numeral 6.2.1 anterior, al otorgamiento de las coparticipaciones bajo el compromiso del Estado de no conceder nuevas delegaciones para el mismo servicio o actividad por un período limitado de tiempo, vencido el cual, termina el privilegio del prestador del servicio.

Desde el punto de vista del Estado, otorgar una delegación bajo el régimen de exclusividad tiene sustento cuando existe alguna de las siguientes razones:⁶⁴

- a) *Cuando se exigen subsidios cruzados entre diferentes usuarios.* Pueden darse tres situaciones con respecto a los subsidios cruzados:
- Puede exigirse que a ciertos grupos de usuarios se les cobre tarifas inferiores a los costos, y a su vez permitirse cobrar tarifas superiores a otros grupos, como medida de compensación;
 - Puede requerirse al prestador del servicio el cobro de tarifas unificadas para todos los usuarios, sin consideración a la diferencia de costos en que deba incurrir para atender a cada grupo;
 - Puede requerirse que los actuales usuarios subsidien con sus pagos los costos de expansión para incorporar nuevos consumidores.

En cualquiera de estos tres casos, la exclusividad a un solo prestador evita la competencia deshonesto por parte de empresas que puedan dirigirse solamente a nuevos usuarios, sin tener que

⁶⁴ Antonio Estuche-Ginés de Rus, The World Bank, ob. Cit, pg.15.

cargar con las limitaciones impuestas al delegatario. La carga de los subsidios cruzados resultaría una limitación sumamente fuerte para la prestadora de los servicios, cuyo desempeño es posible solamente bajo el régimen de exclusividad.

El privilegio de la exclusividad vuelve viables los subsidios cruzados que el Estado desea otorgar, cuando éste no se encuentra en posibilidad de otorgar subsidios directos.

- b) *Cuando los niveles de riesgo inicial en el país son altos.* Debido a que la competencia tiende a reducir los beneficios, la exclusividad vuelve más atractiva la licitación de una delegación, lo cual redundaría en una mayor participación de interesados en el proceso y por ende a obtener ofertas más competitivas y beneficiosas para el Estado. Cuando la coparticipación licitada reviste un alto riesgo, muchas veces la única manera de asegurar una satisfactoria competencia de postulantes es ofreciendo exclusividad, ya que ella mitiga el riesgo del inversionista.
- c) *Cuando el servicio que prestará el delegatario es un monopolio natural.* Los inversionistas muchas veces se interesan por razones estratégicas, en incursionar en un mercado en el cual sólo pueda desenvolverse un prestador de servicios. En estos casos, corresponderá al Estado regular la exclusividad para prevenir incursiones de terceros en el mercado.
- d) Sobre la exclusividad regulada, la legislación de modernización en el Ecuador dispone:

- Ley de Modernización del Estado:

“Art. 47.- Monopolios.-...Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para el caso de concesiones, licencias o permisos, éstas se podrán otorgar en condiciones de exclusividad regulada, sólo por un período determinado, con la autorización, mediante Decreto Ejecutivo, del Presidente de la República o del organismo competente en el caso de los gobiernos seccionales...”

- Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado:

“Art. 71.- En los casos en que sea necesario otorgar concesiones, permisos o licencias a favor del sector privado, ellas se podrán otorgar en condiciones de exclusividad regulada por un tiempo determinado y de conformidad con lo establecido en la Ley de Modernización, otras leyes especiales y con este Reglamento”.

6.2.3 El monopolio en la prestación de servicios públicos

Cuando se entrega una delegación bajo el régimen de monopolio, significa que el Estado ha suprimido la concurrencia en una actividad de libre ejercicio hasta entonces, para reservar tal ejercicio a una persona pública o privada.

La tendencia de la regulación económica actual está orientada hacia el fomento de la competencia en la prestación de servicios públicos, por ello, el monopolio es una figura que tiende a desaparecer o limitarse fuertemente en la mayor parte de países.

Sobre el monopolio, dispone la legislación ecuatoriana lo siguiente:

- Constitución:

Art. 304.- “La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.”

- Ley de Modernización del Estado:

“Art. 47.- Monopolios.- Prohibese la existencia de monopolios, en cualquiera de sus formas y en consecuencia, se autoriza a terceros el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para el caso de concesiones, licencias o permisos, éstas se podrán otorgar en condiciones de exclusividad regulada...”

- Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado:

“Art. 39.- Mediante el proceso de desmonopolización se busca que la economía nacional se beneficie de la participación de más de un agente en el ejercicio y desarrollo de actividades económicas o prestación de servicios bajo condiciones de competencia, eficiencia y racionalidad...”.

“Art. 42.- El CONAM⁶⁵ o la entidad del sector público que presta los servicios monopólicos no podrá prohibir ni impedir que terceros intervengan en el ejercicio de actividades económicas o en la prestación de servicios que han venido siendo ejercidos monopólicamente por una entidad del sector público...”.

Deriva de las normas transcritas, que en el Ecuador, el monopolio de actividades económicas o de servicios se encuentra prohibido, no así la exclusividad regulada para las delegaciones, siempre que la misma sea por un tiempo limitado. Con lo expuesto, nuestra legislación reconoce que la exclusividad puede ser necesaria para implementar una coparticipación, y, a su vez, señala que dicha exclusividad no podrá ser permanente, porque en ese caso se convertiría en un monopolio.

6.2.4 La posición dominante en la prestación de servicios públicos

La posición dominante en el mercado consiste en la situación de poder o control que puede ejercer una empresa o un grupo de ellas, sobre sus competidores y sobre los usuarios. Ese poder puede sustentarse en el gran tamaño de la firma dominante en relación con sus competidoras, en la mayor cobertura o alcance de los servicios que ésta brinde, en la fijación de precios a su voluntad, en su capacidad de manipular la oferta del producto o servicio y por ende influir en las necesidades de compra del consumidor y la frecuencia con la que lo hace, entre otras. La posición dominante, por ende, se dará en el marco de un mercado en competencia, pero imperfecta.

Una de las figuras que puede constituir una posición dominante es el oligopolio, respecto al cual el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado dispone:

⁶⁵ Las funciones del CONAM están a cargo de la SENPLADES a partir del año 2007.

“Art. 95.- En los contratos de concesión deberá incluirse entre las obligaciones del concesionario, la prohibición expresa de que ejecuten cualquier tipo de asociación o contrato, convenio, acuerdo o entendimiento con otros concesionarios que tengan por efecto el que directa o indirectamente se restrinja la competencia, se establezcan precios colusoriamente o se ejecuten políticas comunes en perjuicio de otras empresas o de los usuarios o consumidores finales” .

La Constitución de la República del Ecuador sobre este tema menciona:

Art. 335.- ...”El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”

Art. 336.- ...”El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”

Existen muy variados mecanismos para controlar las situaciones de posición dominante que pueden surgir, entre ellos:

- Limitaciones al porcentaje de participación accionarial en las empresas que intervienen en un sector o segmento de éste;
- Prohibición de participar en el accionariado de más de una empresa que intervenga en un determinado sector o segmento de éste;
- Prohibición de ocupar cargos análogos en más de una empresa que intervenga en un determinado sector o segmento de éste;
- Prohibición de negar la prestación de servicios cuando se los requiera;
- Estandarización de condiciones de prestación de servicios equivalentes para todos los usuarios;
- Prohibición de condicionar la prestación de servicios a la aceptación de prestaciones suplementarias;
- Prohibición de concertar acuerdos para repartirse el mercado en cuotas;
- Prohibición de imposición abusiva de precios o condiciones para la prestación del servicio;
- Prohibición de políticas que impidan la entrada de otros prestadores;
- Prohibición de prácticas que atenten contra los legítimos intereses de los usuarios o destinatarios finales de los servicios.

Como última referencia legal a la posición dominante en las delegaciones, citaremos el párrafo final del artículo 47 de la Ley de Modernización del Estado, que señala:

“Art. 47.- Monopolios.- ...Cuando la concesión de un servicio público implique una posición dominante en el mercado, su titular no podrá ser propietario, por sí mismo ni por terceras personas, de medios de comunicación colectiva o instituciones financieras. Cada una de estas actividades deberán ser desarrolladas, en forma exclusiva por sus administradores o propietarios”.

Concluiremos indicando que en el Ecuador está vigente una normativa específica que rige la competencia y limita las prácticas monopólicas y abusivas dentro del sector portuario, denominada “Regulación de la Competencia en las Actividades Portuarias”, expedida mediante Resolución N° 082/01 por el Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos en Octubre 16 de 2001.

6.3 Mecanismos de solución de controversias

El espíritu de toda coparticipación está dado por el desarrollo de una relación armónica entre las partes que la conforman, esto es, entre el Estado y el particular, quienes interactúan como si fuesen socios de un proyecto beneficioso para ambos.

En este contexto, y partiendo de la premisa de la existencia de un contrato de delegación que se encuentre adecuadamente formulado, la incidencia de polémicas o litigios entre las partes debiera resultar escasa, toda vez que ambos socios actuarían bajo el legítimo interés de ajustar sus comportamientos a las normas y el espíritu del contrato, así como por el lado del Estado a la realización de una supervisión cercana mas no arbitraria.

Bajo esta óptica, lo razonable sería que las partes en caso de discrepancias, recurriesen en su orden a los siguientes mecanismos:

- Resolución de controversias directamente entre las partes del contrato, de conformidad con los procedimientos internos previstos en dicho instrumento para estos efectos;
- Elevación de las controversias al arbitraje;
- Acudir a los tribunales judiciales para la solución de los conflictos.

En los respectivos contratos de coparticipación debiera exigirse agotar la instancia de resolución de conflictos a lo interno, entre las propias partes, como requisito previo para acudir a órganos externos.

La legislación ecuatoriana recoge la posibilidad de acudir al arbitraje para la solución de controversias en las delegaciones, en los siguientes términos:

- Ley de Modernización del Estado:

“Art. 63.- Controversias.- ...Los asuntos que versaren sobre materia comercial podrán resolverse a través de arbitraje nacional o internacional, según se establezca en el respectivo contrato y de acuerdo con las leyes vigentes”.

Por su propia naturaleza, todo asunto que derive de una delegación tendrá carácter de comercial, así que podrá sujetarse al arbitraje, tanto nacional como internacional. Esta última alternativa es de mucha importancia para la seguridad jurídica y la mitigación de los riesgos del inversionista, ya que éste generalmente preferirá ventilar los conflictos que deriven del contrato en una jurisdicción externa a la del propio Estado que otorgó la delegación, ya que ello alienta la imparcialidad en la resolución del caso. De otro lado, el Estado deberá precautelar por la misma razón, que el arbitraje internacional no corresponda a la jurisdicción directa o de la matriz del inversionista, justamente para garantizar también la objetividad del proceso.

Otras normas en las cuales se trata el arbitraje en materia de delegaciones son las siguientes:

La legislación de modernización del Estado, en el Reglamento General, estableció la creación de una Comisión de Arbitraje, en los términos señalados en el artículo 109 de dicho cuerpo normativo:

“Art. 109.- Las controversias entre el concedente y la sociedad concesionaria referentes a la aplicación, interpretación, cumplimiento o incumplimiento del contrato de concesión, podrán elevarse por cualesquiera de las partes al conocimiento y resolución de la Comisión de Arbitraje.

Dicha Comisión, a menos que las bases y el contrato estipulen otra cosa, estará compuesta por:

...Estos nombramientos y el procedimiento de designación, la forma de fijar y pagar los honorarios de los árbitros deberá constar en el contrato de concesión... ”.

Las atribuciones de esta Comisión van más allá de ser un ente de mediación para resolver controversias entre las partes, ya que además se la convierte en una especie de instancia de control y apelación de ciertas actuaciones del delegante previstas en la Ley, que podrían perjudicar al particular. De este modo, la imposición de determinados tipos de multas, y la cuantificación de las indemnizaciones quedarán para resolución de la Comisión de Arbitraje. Es preciso tener en cuenta que la Ley de Modernización del Estado dispone que las controversias se sujeten al arbitraje, y, el Reglamento a dicha ley, en su artículo 109 señala que el arbitraje se podrá realizar ante una Comisión integrada en la forma que se indica allí, o bajo los mecanismos dispuestos en las bases y el contrato de delegación. Por ende, las partes pueden sujetarse en el contrato, por ejemplo a la Ley de Mediación y Arbitraje, o al procedimiento arbitral de las Cámaras de la Producción, o cualquier otra alternativa de arbitraje recogida en la legislación ecuatoriana, incluyendo el arbitraje internacional.

En referencia a las atribuciones de control y apelación del arbitraje, el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado dispone:

“Art. 74.-...Las bases de licitación y el contrato establecerán en cada caso, una cláusula de arbitraje para resolver sobre la materia y para regular la indemnización correspondiente... ”.

Nota: Se refiere a nuevas concesiones otorgadas a terceros que pudieren perjudicar al concesionario original.

“Art. 77.-.....A falta de acuerdo se someterá al sistema de arbitraje que deberá contener cada base y contrato de concesión de obra pública.” Nota: En referencia a las variaciones imprevistas de costos que volvieran insuficientes las tarifas cobradas por el concesionario, y como compensación a las modificaciones al contrato realizadas por actos de autoridad.

“Art. 79.-.....Sin no hay acuerdo sobre las compensaciones, se resolverá por la vía del arbitraje... ”. Nota: En referencia al pedido del concesionario de revisión del sistema tarifario y de un sistema de reajuste por causas ocasionadas en actos de autoridad.

“Art. 106.-Si el concesionario desea reclamar de la procedencia y monto de la sanción impuesta por el concedente por cualquier causa podrá recurrir a la vía arbitral pagando previamente la multa.

Si del arbitraje se concluyese que no hay lugar a la imposición de sanciones, la multa deberá ser reintegrada al concesionario, con los intereses correspondientes...”.

Adicionalmente, se permite resolver las controversias de manera definitiva mediante la constitución de la Comisión como instancia arbitral, en el caso de que la conciliación no permita resolver la controversia pendiente. Así lo permite el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado cuando señala:

“Art. 109.- La Comisión fijará sus normas y procedimientos para resolver las controversias. Procurará, en todo caso, buscar la conciliación entre las partes, para lo cual podrá hacer recomendaciones y proposiciones de advenimiento en cualquier tiempo anterior a la expedición del laudo arbitral”.

De otro lado, se cuenta siempre con la vía judicial sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa.

“Art. 98.- Cuando la autoridad concedente incumpla sus obligaciones de manera que impida al concesionario el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, éste último podrá pedir al juez competente del domicilio del concesionario, que declare la resolución del contrato”.

6.4 Mecanismos de compensación

De conformidad con lo prescrito por el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1611, el pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

¿Qué implica la compensación? Dentro de la temática que analizamos quiere decir que una de las partes, generalmente el Estado, ha ocasionado algún perjuicio o detrimento al particular, evento por el cual debe resarcirlo o indemnizarlo. La connotación de compensación irá casi siempre ligada a la de indemnizar de alguna manera, la mayor parte de las veces económica, a la otra parte, en este caso, al privado.

Debemos destacar que el tema de la compensación va muy de la mano con el del equilibrio económico-financiero y la renegociación del contrato, los cuales serán tratados en apartados posteriores de este mismo capítulo. Por este motivo, ciertos aspectos que se relacionan con la compensación serán analizados con mayor detalle en los otros puntos mencionados.

La propia Constitución de la República del Ecuador dispone en su artículo 54 lo siguiente:

Art. 54.- *“Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore...”*.

De manera general la compensación a favor del privado podrá originarse por una de las siguientes causas:

- a) *La modificación unilateral por parte del Estado de las características del servicio contratado.*

Este será el caso en el cual el delegante, atendiendo a razones de interés público, se ve obligado a modificar las características de la obra y los servicios que ya han sido contratados con un particular. Debe entenderse al interés público en un sentido muy amplio, por lo cual las modificaciones al contrato podrían producirse si se advierten necesidades nuevas que no aparecían cuando se licitaron las obras o los servicios, o bien cuando aparecen causas técnicas imprevistas que vuelven imposible o inadecuada la prestación del servicio en sus condiciones originales.

Otro aspecto a destacar es que la modificación contractual que obedece a estas razones no admite oposición por parte del privado, quien está obligado a aceptarla en atención al principio de la supremacía y prioridad del interés público.

Ocurrida la modificación por parte del Estado, se modificarían también las condiciones económicas bajo las cuales el particular intervino en la coparticipación. Por este motivo, resultará necesario compensarlo económicamente, con la finalidad de reestablecer el equilibrio que se perdió con la modificación contractual.

Sobre este tema, el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado dispone:

“Art. 79.- El contratante podrá modificar por razones de interés público, las características de la obra y servicios contratados. En estos casos, deberá modificar en consonancia las tarifas o compensar al concesionario el daño emergente y el lucro cesante...”

La fijación de la cuantía de la indemnización, ya consista ésta en tarifa, subsidio u otro factor del régimen económico del contrato, debe compensar adecuadamente al particular por todas las consecuencias económicas de la modificación y por todos los perjuicios siempre que éstos puedan ser probados, dentro de lo cual podría incluirse hasta el lucro cesante del particular.

b) La modificación de las características del servicio contratado, por acuerdo de ambas partes.

En este caso, el Estado y el particular de común acuerdo resuelven modificar las características de la obra o servicio contratado, en atención a la insuficiencia de la misma para cumplir con los niveles de prestación del servicio pactados originalmente. Cabe en esta situación también, como parte de los acuerdos que se modifican, compensar al privado por los nuevos costos e inversiones en las que deberá incurrir.

Esta situación no se encuentra prevista en la legislación de modernización de nuestro país, sin embargo, por tratarse verdaderamente de una renegociación, cabe que las partes acuerden de manera convencional el otorgamiento de una compensación al privado, y el mecanismo bajo el cual se la hará efectiva.

c) Actos de autoridad que inciden directamente en la economía del contrato.

Nos referimos a aquellas medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni las características de las obras o servicios contratados, inciden o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para el particular, sin culpa de éste. El principio de riesgo y ventura de los contratos administrativos pierde su sentido desde el momento en que interviene un acto externo al giro normal del propio negocio, acto del cual es responsable el Estado. Esta situación constituirá una ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato, y por ende ameritará una compensación a favor del particular.

Sobre este tema, el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado dispone:

“Art. 74.- ...Las concesiones de obras públicas se establecerán procurando tener ora obra pública alternativa para los usuarios no

sujeta a concesión. Sin embargo cuando se concesionase la construcción o rehabilitación de una obra pública y posteriormente cualquier entidad u organismo del sector público por sí o por nueva concesión a particulares, afecte unilateralmente las condiciones generales del contrato vigente anterior, ese concesionario tendrá derecho a ser indemnizado en el daño emergente y en el lucro cesante...”.

“Art. 77.- En las concesiones de obra pública, sin excepción, la estructura tarifaria contendrá los precios máximos autorizados a cobrar y un sistema de reajuste, a valor real, para todo el período de la concesión. Éste deberá ser un factor determinante en toda adjudicación. Las tarifas podrán ser revisadas para adecuarlas por variaciones de costos que no puedan ser controlados directamente por el concesionario y para compensar los efectos de modificación en las condiciones generales del contrato por actos de autoridad...”.

“Art. 79.- En el contrato de concesión se establecerá la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar al concedente la revisión del sistema tarifario y de un sistema de reajuste por causa sobreviniente ocasionada en un acto de autoridad...”.

“Art. 80.- ...Si el concedente retarda la expropiación y no pone a disposición del concesionario los inmuebles en el momento requerido para el desarrollo de la obra, deberá compensar al concesionario con un aumento en el plazo de la concesión en un período igual al del retardo y pagará una indemnización por el daño emergente y el lucro cesante que se ha causado al concesionario...”.

d) Situaciones imprevistas que afectan la economía del contrato.

Para estos efectos, debemos entender por imprevisto a las circunstancias sobrevinientes, ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, ajenas a la voluntad de las partes, y que no hayan podido preverse al tiempo de la celebración de aquél.

En efecto, la mayor onerosidad del contrato podrá resultar de acontecimientos imprevistos e imprevisibles en el momento de su celebración, que colocan al Estado ante la difícil situación de acoger o no los requerimientos del particular de ser compensado, ya que el desequilibrio contractual es absolutamente ajeno e independiente de la acción administrativa.⁶⁶ El Estado se encuentra entonces ante el

⁶⁶ Dolores M. Rufián Lizana, Ob. Cit, pg. 244.

dilema de negarse a renegociar o compensar al particular. Si el Estado no renegocia, negándose a compensar al particular, podría volverse imposible la continuación de la prestación del servicio por parte del concesionario, lo cual acarrearía la ejecución de las garantías correspondientes. La ejecución de las garantías y la terminación del contrato de delegación afectaría entonces al interés público, principio que debe regular la acción del Estado, ya que la gestión del servicio se vería interrumpida con la interrupción contractual.

Es en situaciones como esta en las que se refleja el verdadero espíritu de las coparticipaciones, y el carácter real de socios que tienen el Estado y el particular, tanto para los buenos momentos como para los malos. Con esto queremos decir que las incidencias externas negativas para el delegatario, tendrán también repercusión en el Estado, el cual se verá obligado en ciertas circunstancias y siempre precautelando el interés público, a compartir los riesgos del negocio y reajustar los términos contratados, para el beneficio de ambas partes. Esta será materia de mayor análisis en el apartado de la renegociación, que trataremos más adelante.

Con relación a esta materia, el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado señala:

“Art. 78.- En caso de que las tarifas resultaran insuficientes, el concedente podrá adicionalmente entregar al concesionario, a título de compensación, dinero, en la forma y modalidades establecidas en el contrato de concesión”.

“Art. 114.- En los contratos de concesión, también se podrán otorgar a favor de los concesionarios, como compensación por los servicios prestados, beneficios tales como explotación de estaciones de servicios, restaurantes, publicidad u otros, en la forma y modalidades que se instituyan en las bases de licitación y en el respectivo contrato.”

Como corolario a lo expuesto en este numeral, concluiremos señalando que existen múltiples modalidades para compensar al particular, partiendo de la premisa que el perjuicio causado ocasiona un daño emergente y/o lucro cesante al delegatario, situación por la cual debe indemnizárselo. Entre otros mecanismos, existen los siguientes⁶⁷:

- Aumento del plazo del contrato de coparticipación;
- Revisión del sistema tarifario (generalmente incremental);

⁶⁷ Las posibilidades de implementación de estos mecanismos estarán sujetas a las limitaciones y requerimientos jurídicos de cada país.

- Pago de una suma alzada de dinero en efectivo;
- Creación de un sistema tarifario diferenciado, como por ejemplo: estructuras especiales de descuentos grupales y descuentos por pronto pago; cobro de tarifas distintas según el segmento del cliente; tarifas variadas por horario, día o período de tiempo;
- Otorgamiento de un subsidio periódico al delegatario;
- Otorgamiento de beneficios comerciales adicionales al privado: explotación de restaurantes, publicidad u otros negocios conexos al originalmente delegado;
- Reasignación de los factores de riesgo asumidos por las partes, librando al delegatario de ciertos riesgos excesivamente costosos que éste se hubiere comprometido a asumir originalmente;
- Reducción o reajuste del canon u otros pagos a los que se hubiere comprometido el delegatario para con el Estado;
- Disminución de exigencias originalmente impuestas al delegatario en el ámbito ecológico, socioambiental, arquitectónico o estético;
- Reducción de las obras o del alcance de los servicios originalmente contratados;
- Inclusión de nuevas áreas o servicios a la delegación original.

6.5 Fuerza mayor

De conformidad con lo prescrito por el Código Civil ecuatoriano en su artículo 30, *“Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”*.

La razón que nos motiva a analizar el tema de la fuerza mayor dentro de los contratos de coparticipación, consiste en la incidencia que la misma puede llegar a tener en el desarrollo de los negocios, y sus efectos para ambas partes. Por ello, no vamos a profundizar en el estudio académico de la fuerza mayor también conocida como caso fortuito, sino que pasaremos directamente a tratar su relevancia en el mundo de las coparticipaciones público-privadas.

El primer elemento de análisis, consistirá en el plazo de la coparticipación: *“...Al concebirse la financiación de una obra pública como una operación de crédito realizada por los particulares con la contraprestación de explotar a favor del público la obra ya construida, la concesión nace necesariamente ligada a un plazo, que será el necesario para recuperar la inversión realizada. Por otra parte, la vinculación del servicio público al dominio público, en cuanto que éste constituye un soporte de aquél, produce un efecto inmediato respecto a la conceptualización de la gestión del servicio como un negocio a plazo, en la medida que la*

legislación hace hincapié en proteger los bienes públicos, fundamentalmente de pretendidas apropiaciones mediante el instituto de la usucapión; se opera de esta forma el establecimiento de la figura de la reversión, que se asienta sobre la base última de evitar la adquisición de la titularidad de la obra de dominio público por sujetos privados...⁶⁸”.

Doctrinariamente se ha sostenido que las delegaciones de servicios públicos deben estar limitadas temporalmente, porque materialmente el particular se encuentra ejecutando funciones públicas que por su propia naturaleza son inalienables, las cuales pudiera dicho privado llegar a adquirir de manera privativa utilizando el mecanismo de la prescripción. Es por esto que toda delegación de servicios públicos tendrá un horizonte de tiempo limitado, el cual regularmente se establecerá en los documentos licitatorios y en el correspondiente contrato.

Vale también mencionar que el inicio del plazo podrá computarse desde un momento predeterminado distinto al de la suscripción del contrato, (incluso podría ser posterior a la fecha de inicio de operaciones del delegatario), o a partir de un hecho futuro pero cierto (finalización de las expropiaciones, adquisición de equipos, puesta en marcha de ciertos servicios, entre otros). Pueden establecerse en los documentos licitatorios y en el contrato, los mecanismos para que, una vez iniciado el plazo, opere una suspensión del mismo, permaneciendo siempre en vigor el contrato y por lo tanto las obligaciones y derechos de ambas partes. Concluida la situación que motivó la suspensión del desarrollo del contrato, se reiniciarían las actividades del delegatario, y consecuentemente se agregarían al plazo total del contrato el período durante el cual estuvo suspendido.

¿En qué consistirá entonces la suspensión de una delegación? Consistirá en dejar sin efecto temporalmente al contrato, de manera que por el lapso de esa interrupción no existirán derechos ni obligaciones para las partes del mismo. En este punto es preciso recordar que dentro de las obligaciones primordiales del delegatario está la prestación de los servicios en forma regular e ininterrumpida, admitiendo a todos los usuarios sin discriminación alguna.

¿Cuáles podrán ser las causales de suspensión de una delegación? De conformidad con lo dispuesto por el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado en su artículo 91 serían:

- a) *“El caso de fuerza mayor o caso fortuito, que impidan la continuación de las obras o la prestación del servicio;*

⁶⁸ J. F. Mestre Delgado, “La Extinción de la Concesión de Servicio Público”, Editorial La Ley, Madrid, 1992, pg. 23.

- b) *Cuando se produzca la destrucción parcial o total de las obras, de modo que impida su utilización por un período mayor a los 180 días. Igualmente procederá la suspensión en caso de destrucción del bien o bienes que se utilicen para la prestación del servicio;*
- c) *Por cualquier otra causa que se establezca en las bases y contratos respectivos”.*

Concluiremos haciendo referencia a la norma constitucional que dispone:

“Art. 52.-... La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.”

6.6 Aspectos tributarios

El poder tributario es el poder de destrucción. Las políticas fiscales constituyen una herramienta tentadora para que los gobiernos eliminen, o forcen la renegociación de una coparticipación. La viabilidad de un proyecto, incluyendo la rentabilidad de inversión, puede verse afectada por los niveles de impuestos, obligaciones, contribuciones u otros pagos al gobierno. Los inversionistas en general procurarán estructurar el negocio de tal manera que se minimicen los impuestos locales a pagarse, considerando el principio de la doble tributación y los tratados que al respecto existan.⁶⁹

El régimen tributario al cual está sujeto el delegatario ha sido desde sus orígenes un tema complejo en su análisis, prestándose a confusión por cuanto la gestión del particular propiamente dicha es de naturaleza privada, a pesar de basarse en la explotación de un servicio de naturaleza pública.

Es allí donde debe precisarse que si bien el delegatario ha recibido un encargo de parte del Estado, para explotar y brindar a la colectividad un servicio de carácter público, su desarrollo comercial se enmarcará siempre en el mundo del derecho privado. De esta premisa se colige que el régimen tributario aplicable a un inver-

⁶⁹ Scott L. Hoffman, Ob. Cit, pg. 71.

sionista particular dentro del régimen de una coparticipación tendrá el carácter de privado.

Citaremos a continuación algunas disposiciones jurídicas que tienen relación con el régimen tributario para inversionistas:

- Constitución de la República del Ecuador:

Art. 339.- “El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo.....”.

- Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, Título VII “De la Estabilidad Tributaria”:

“Art. 22.- Los titulares de inversiones, sean éstos nacionales o extranjeros, de acuerdo a las condiciones que se establecen en el presente Título, tendrán derecho a beneficiarse de la estabilidad tributaria, entendida como el mantenimiento, por un período determinado, de la tarifa aplicable al impuesto a la renta, existente al momento de efectuarse la inversión”.

La Ley en cuestión se encuentra vigente todavía, sin embargo como ya se mencionó anteriormente, sus preceptos ya no encuentran el asidero que antes tenían en la Constitución Política de 1998.

- Ley de Modernización del Estado:

“Art.45.- Prohibiciones.- Dentro de los procesos referidos en esta Ley, al Estado se le prohíbe:

- a) Conceder fianzas y avales a favor de los adquirentes de empresas públicas;

- b) *Conceder créditos preferenciales para su adquisición...*
- c) *Conceder beneficios fiscales a los adquirentes”.*

“Art. 46.- Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del medio ambiente. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato...”.

Del análisis de las normas citadas podemos concluir que:

- El tratamiento tributario para inversiones nacionales o extranjeras no refleja distinción;
- La prohibición expresa de otorgar por parte del Estado tratamientos especiales o diferentes a los que rijan al momento de celebrarse los contratos de delegación al sector privado.
- No existe un tratamiento tributario especial establecido en la legislación para las delegaciones de servicios u obras públicas al sector privado.
- En definitiva, la situación jurídica del delegatario frente al Estado en términos tributarios será la misma que la de cualquier inversionista privado, por tanto deberá pagar los tributos que correspondan al giro de su negocio tales como impuesto a la renta, IVA, etc.

Pasemos ahora a analizar cuál será la situación tributaria para los usuarios del servicio público que ha sido delegado:

¿Podría pensarse que por tratarse de un servicio público, sus usuarios y beneficiarios no deben pagar impuestos por percibir dicho servicio?

Es en este punto en el cual surgen las incógnitas, ya que evidentemente, mientras era el propio Estado el que prestaba el servicio de forma directa no existía la posibilidad de cobro de impuestos tales como el IVA, pero ¿se traslada este concepto cuando el prestador del servicio tiene el carácter de privado?; ¿Sigue el régimen tributario la suerte del servicio en sí, que es público por su propia naturaleza?

Estas respuestas no las encontramos en la legislación de nuestro país, y no existe unanimidad en la legislación internacional acerca de si las tarifas pagadas

por el usuario de servicios o infraestructuras públicas deben estar o no exentas de impuestos y específicamente del IVA.

El punto medular que permite dilucidar el tema es la distinción entre tasa y tarifa o precio. La tasa es la contraprestación que se debe cancelar por el uso de un servicio público, siendo el sujeto activo de la misma la administración pública. El precio o tarifa es el pago que se genera por el uso de un servicio prestado por un privado. De esta distinción dependerá la existencia de tributos sobre los pagos que realicen los usuarios de servicios públicos delegados a la iniciativa privada. En otras palabras, de la definición de la naturaleza jurídica del pago que deban realizar los usuarios al delegatario, dependerá la generación de impuestos. Si se la considera una tasa no caben los impuestos, si se la considera un precio o tarifa estará sujeta al régimen tributario aplicable a actividades comerciales entre particulares.

Debe reservarse el concepto de tarifa al ejercicio de la potestad tarifaria que se asume en el momento de convertir una actividad de contenido económico en un servicio público.”*Tal potestad permite fijar el precio de remuneración del concesionario o de la entidad de régimen privado que prestará el servicio. La tarifa será fruto de una potestad unilateral, pero no de la potestad tributaria...la tarifa es el precio fijado por la Administración para remunerar a quien, en régimen de Derecho Privado, presta un servicio, sin que la tarifa se convierta en un ingreso público...En el caso del concesionario la tarifa adquiere un claro matiz contractual, pues aún siendo fijada unilateralmente por la Administración titular del servicio, su cuantía se vincula al objeto del servicio y puede verse afectada en su determinación por la ruptura del equilibrio financiero del contrato...*”⁷⁰

Vale destacar el contenido de la sentencia N° 003-09-SIN-CC emitida el 23 de julio del 2009 por la Corte Constitucional, respecto al Caso N° 0021-2009-IA, contiene la demanda de inconstitucionalidad de los actos administrativos emitidos por el Procurador General del Estado, en el cual se pronuncia sobre las siguientes consultas: a). “¿Los servicios del aeropuerto Mariscal Sucre y del nuevo aeropuerto de Quito, concesionados por el Distrito Metropolitano de Quito a la Corporación QUIPORT son públicos?”; b) “¿Los recursos que recibe QUIPORT por concepto de tasas como se denominan en el contrato, son públicos o privados?”

A la primera pregunta, la respuesta del Procurador General del Estado dice: “[...] los servicios del actual Aeropuerto Mariscal Sucre y los del nuevo aeropuerto de esta ciudad son servicios públicos [...]”

⁷⁰ J. Tornos Mas, Ob. Cit, 1994.

A la segunda consulta, lo más relevante de la respuesta es lo siguiente: “Estas tarifas no constituyen tributos, pues el servicio no lo presta directamente el Estado ni sufraga los costos del servidor, por lo mismo no le corresponde a éste la recaudación en virtud de las contraprestación contractual reconocida a favor del concesionario [...]”

“Las tasas como parte integrante de los tributos, según definición constante en el inciso segundo del artículo 1 del Código Tributario [...] constituyen tributos o ingresos públicos del Estado, que son recaudados por el propio Estado y sus instituciones como sujetos activos del tributo y responsables directos de la prestación del servicio, que ingresan directamente a la tesorería pública o estatal para su financiamiento, a diferencia de las tarifas o precios convenidos contractualmente, que no constituyen recursos públicos por su naturaleza y forma de recaudación, sino una retribución económica que causa el concesionario y que se distribuye según lo estipulado en el contrato de concesión [...]”

“Del análisis jurídico que antecede, se concluye que en el caso del contrato de concesión vigente con QUIPORT, estamos frente a tarifas del servicio aeroportuario, que de conformidad con el mismo contrato deben ser reguladas por la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, estas tarifas del servicio se derivan directamente de la concesión otorgada y recaudadas y administradas por el concesionario [...] Estas tarifas no se enmarcan en la definición de tributos constante en el artículo 1 del Código Tributario, porque no constituyen tasas fijadas y recaudadas por el Estado o sus instituciones por la prestación de un servicio que ellos otorgan, ni son recursos públicos que pertenecen al Estado o a sus instituciones, sino que constituyen valores recaudados por la Municipalidad concedente por la prestación de un servicio concesionado, que al ser recaudados e ingresar al activo corriente del concesionario, conforme el contrato de concesión, no pueden ser considerados públicos sino privados de acuerdo con lo señalado en el inciso segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [...].”

La sentencia en mención declara la inconstitucionalidad del pronunciamiento del Procurador General del Estado en el sentido que los cobros por el servicio aeroportuario en Quito constituían tarifas y no tasas. Lo más relevante de la resolución de la sentencia es lo siguiente: “4. Se declara ajustada a la Constitución la siguiente interpretación constitucional condicionada, respecto del inciso segundo parte final del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que dice: “[...] hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado de conformidad con la ley.”, solo en cuanto se entienda que las disposiciones de esta parte de la norma no son aplicables al Con-

trato de Concesión, en tanto la celebración de un contrato de esta naturaleza no implica una transferencia del dominio de los bienes concesionados. En ese sentido, los bienes y recursos públicos concesionados, no pierden su calidad de bienes públicos al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución.

5. Se ratifica el carácter público de los recursos derivados de los cobros de los distintos servicios aeroportuarios, tanto en el Aeropuerto Mariscal Sucre de Quito, como en los demás aeropuertos del país, por cuanto dichos pagos corresponden a tasas conforme los términos establecidos en la parte considerativa de esta sentencia.”

Como conclusión, la Corte Constitucional ha dispuesto mediante sentencia definitiva que los recursos que se cobran a los usuarios dentro del curso de una concesión aeroportuaria, son tasas y no tarifas. Acorde a lo expresado en párrafos anteriores, esta naturaleza ha merecido un amplio debate a nivel doctrinario, considerando la autora de este estudio que su naturaleza obedece a la de una tarifa, postura que se comparte mayoritariamente a nivel internacional y que resulta necesaria para viabilizar económicamente cualquier coparticipación público privada.

Como corolario podemos afirmar que en nuestra opinión, la tarifa es el pago o valor del servicio básico prestado por un particular, por lo que su naturaleza se aparta del tributo al ser percibido por el delegatario directamente en su patrimonio, sin pasar en ningún momento al Estado. La consecuencia de esta postura sería el reconocimiento de todos los tributos que correspondan sobre la actividad comercial entre particulares.

6.7 Equilibrio económico-financiero

En la concepción original de las delegaciones, se buscaba que fuese el sector privado quien por su propia cuenta y riesgo asumiese la ventura financiera del negocio, y acarrease con las consecuencias económicas del mismo.

Sin embargo esta figura ha ido modificándose, hasta definir que las delegaciones de servicios públicos al sector privado constituyen en realidad un contrato en el cual su éxito, que redundaría en la satisfacción de los usuarios, depende de una adecuada distribución de los riesgos del negocio entre las partes contratantes, esto es, el Estado y el particular, y, del equilibrio económico y financiero del proyecto, generándose una relación interactiva y de cooperación entre dichas partes, como si se tratase de una especie de sociedad.

En el dictamen emitido por el Consejo de Estado de Francia en el asunto *Compagnie Francaise des Tramways*, el 11 de marzo de 1910, con relación al equilibrio financiero en los contratos, se mencionaba:

*“...Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión...”*⁷¹

Vale destacar en este punto que a pesar de su nombre, el equilibrio económico-financiero no debe entenderse por lucro. Las ganancias son para el delegatario su riesgo, y por ende la cuestión del equilibrio no consiste en el resultado económico que obtiene aquél de su gestión. El lucro se presume existente e incluido en los intereses específicos del particular, pudiendo configurarse como consecuencia de una determinada ecuación económica.

La expresión del equilibrio económico financiero indica una especie de relación entre las deberes y derechos que se generan para las partes y significa que las obligaciones son equivalentes a las retribuciones de modo de caracterizar una ecuación, lo que no implica necesariamente garantizar un determinado lucro al concesionario.⁷²

En las coparticipaciones rige un principio de equilibrio conformado por una suma de elementos que integran o componen la fórmula contractual, principio que evidentemente rige para ambas partes del acuerdo.

No debe perderse de vista que lo que se persigue con este tipo de contratos es la satisfacción del interés público. *“...Si para conseguir este fin, implícito en el contrato y connatural al mismo, es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adaptación es obligada. La inalterabilidad del fin impone o puede imponer la alteración parcial, o mejor aún, la adaptación del objeto. El contrato es ley entre las partes, pero junto a la *lex contractus* hay otras leyes que exigen primariamente la satisfacción del interés general. La armonización necesaria de ambas leyes obliga a buscar el equilibrio contractual en un punto diferente. Ese equilibrio, esa proporcionalidad o *aequalitas* de las presta-*

⁷¹ E. García de Enterría y T. R. Fernández, Civitas, “Curso de Derecho Administrativo”, Civitas-Madrid, 1984, pg.678.

⁷² Dolores M. Rufián Lizana, Ob. Cit, pg. 235.

*ciones respectivas de las partes, que es consustancial a la idea misma del contrato, existe también en los contratos administrativos y se mantiene siempre a lo largo de su ejecución, cualquiera que sea la incidencia que en el desarrollo de los mismos puedan tener los poderes que se reconocen en la Administración contratante. Las alteraciones o adaptaciones que el interés público exige introducir en la obra, servicio o suministro contratados tienen en todo caso su contrapartida en un deber legal de respetar la llamada “ecuación financiera” del contrato. Mutabilidad del objeto y mantenimiento de la equivalencia económica de las prestaciones son, pues, los dos polos entre los que circulan las singularidades propias de la contratación administrativa....”*⁷³

¿Cuáles serán las causas que pueden afectar el equilibrio económico financiero de un contrato de coparticipación que se encuentra en curso? Serán básicamente las mismas que se ha mencionado previamente como aquellas que generan una compensación a favor de delegatario, esto es:

- a) La modificación unilateral por parte del Estado de las características del servicio contratado;
- b) La modificación de las características del servicio contratado, por acuerdo de ambas partes;
- c) Actos de autoridad que inciden directamente en la economía del contrato;
- d) Situaciones imprevistas que afectan la economía del contrato.

En definitiva se tratará de las medidas administrativas generales o de hechos imprevistos que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el que contrata con el Estado, sin culpa de aquél. El principio de riesgo y ventura de los contratos administrativos pierde su sentido desde el momento en que se aplica un principio de equilibrio financiero. La responsabilidad financiera del delegante puede encontrarse comprometida en ciertas circunstancias excepcionales. En otras palabras, debe tratarse de un acto imperativo del Estado, o de una situación que se desborde del control de las partes, que tengan las características de generales e imprevisibles y que generen manera de causa-efecto un desequilibrio económico en el marco contractual, el cual afectará al delegatario.

⁷³ E. García de Enterría y T. R. Fernández, Civitas, Ob. Cit, pg. 671.

Nada se menciona en la doctrina, ni tampoco en la legislación ecuatoriana con respecto al desequilibrio económico que pudiere ocurrir dentro de un contrato de coparticipación en desmedro del Estado, probablemente porque el análisis parte siempre de la premisa del mayor poder del Estado y por ende busca proteger al privado de un potencial exceso de autoridad o absolutismo por parte del primero en perjuicio del segundo.

A manera de ejemplo de una situación que pudiera ocasionar un desequilibrio contractual, pueden citarse las obligaciones tributarias que corresponden al privado: *“...Al elaborar su propuesta, un particular evaluará sus costos directos e indirectos y se incluirán todas las obligaciones, incluidas las fiscales incidentes en la actividad contractual. La dimensión de la carga fiscal representa uno de los elementos de evaluación de los resultados a ser tenidos en cuenta por el particular pues produce una elevación o reducción de sus obligaciones; por consiguiente, una variación en las obligaciones tributarias conlleva un tratamiento jurídico que afecta a la ecuación económico financiera del contrato administrativo.”*⁷⁴

¿Cuál será entonces la función del Estado-delegante frente al privado, con respecto al equilibrio económico financiero de un contrato de coparticipación?⁷⁵

Deberá procurar que el delegatario minimice los costos, asigne los recursos hacia las áreas en las cuales la colectividad tendrá mayores beneficios, y, al mismo tiempo tratar de estimular el nivel adecuado de innovación e inversión para asegurar que pueda suplir la futura demanda del público. El Estado debe permitir al delegatario recibir ingresos que al menos le permitan recuperar sus costos, esto es, llegar al punto de equilibrio. Debe además supervisar el cumplimiento de los compromisos sociales del delegatario, sin llegar a un nivel de injerencia que implique excesivos costos de supervisión.

El desafío para el Estado se vuelve mucho más grande cuando se trata de una delegación monopólica. El monopolio buscará maximizar las ganancias, y preferirá establecer precios a los usuarios que sean compatibles con la minimización de sus costos y la recuperación de sus inversiones. Los precios tenderán a ser mayores que las sumas que realmente se requieren para abastecer la demanda, realizar inversiones que sean consistentes con la demanda, o cumplir con requerimientos sociales. En estos casos el Estado deberá crear un sistema que reduzca los precios o modificar las estructuras tarifarias, con la finalidad de ajustar los derechos del monopolista privado a una tasa de retorno de sus inversiones que contemple los intereses de la sociedad, y que jamás será menor que el costo de las inversiones.

⁷⁴ M. Justen Filho, “Concesiones de servicios públicos”, Dialética, Sao Paulo-Brasil, 1997, pg. 259.

⁷⁵ Antonio Estuche-Ginés de Rus, WBI, Ob. Cit, pg. 28-29.

- El Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, dispone:

“Art. 76.- ...El esquema o ecuación económico-financiero contractualmente establecido deberá ser respetado por ambas partes durante el plazo de su vigencia y no podrá ser alterado por los poderes públicos en detrimento del concesionario de forma unilateral sin que la entidad concedente compense económicamente dicho perjuicio y sin que ello implique garantía de utilidad para el concesionario”.

“Art. 79.- El contratante podrá modificar por razones de interés público, las características de la obra y servicios contratados. En estos casos, deberá modificar en consonancia las tarifas o compensar al concesionario el daño emergente y el lucro cesante”.

Nos remitimos también a los artículos 74, 78, 77 y 114 del mismo cuerpo normativo, que ya han sido transcritos en su parte pertinente en el numeral 6.4 “Mecanismos de Compensación” de este capítulo.

- El Reglamento General de la Actividad Portuaria en el Ecuador señala:

“Art. 7.- ...Cuando se establezcan tarifas por el uso público de infraestructuras que estén en competencia con otras otorgadas en concesión o permiso en el mismo puerto, los concesionarios o permisarios que estimen afectada su ecuación económica contractual, así lo determinarán y presentarán a la EP su propuesta de modificación de los cánones o contraprestaciones relacionados con el uso de las infraestructuras afectadas”.

6.8 Renegociación del contrato

Por mucho cuidado que se ponga en el diseño de la coparticipación, en uno u otro momento de su curso habrá que renegociar aspectos de la misma, y en su caso, acudir a un regulador neutral e independiente para solventar alguno de los conflictos que se hayan podido producir. No puede perderse de vista que el contrato no es sino una regulación *ad cassum*, que como todas, necesita reformas y adaptación a las necesidades de los tiempos.

El particular podrá solicitar la renegociación de los términos financieros de la concesión en caso de circunstancias imprevistas que pudiesen perturbar el equilibrio económico inicialmente establecido.

La legislación de modernización en el Ecuador nada señala sobre las renegociaciones contractuales de manera expresa, sin embargo puede entenderse que se refiere a ellas en los artículos en los cuales hace mención al esquema de retribución hacia el delegatario, y los reajustes que pudieren corresponderle a éste. Tal es el caso de los artículos 76, 77, 79 y 80 del Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado. En general, todas aquellas menciones a compensaciones o reajustes favorables al delegatario implicarán de manera subyacente una renegociación entre las partes.

En los contratos públicos existe un ingrediente que es mucho más trascendente que el económico, ya que se encuentra en la base misma de su justificación, que le da razón de ser y sin el cual no podría existir: el interés público, que es la ecuación sine qua non del contrato público, siendo deber de la Administración el mantenerse vigilante acerca de su permanente actualidad. En el marco de la ecuación política, la Administración es el árbitro del interés público, porque es al Poder Ejecutivo a quien le corresponde la administración general. Ese interés público le otorga un derecho inmanente, lo faculta a aplicar el *ius variandi*, habilitando a la Administración a modificar el contrato, a actualizarlo conforme a las exigencias sociales que debe satisfacer. Así, se puede, a través de la renegociación, pactar un nuevo precio.⁷⁶

Si el interés público no requiere la modificación del contrato, éste debe permanecer inalterable. Por ende, mediante una renegociación del convenio original no podrían modificarse las relaciones económicas del contrato de coparticipación y por esta vía, por consiguiente, no podría ofrecerse al delegatario un lucro no contemplado en su ecuación económico financiera. En este punto es preciso recalcar que el objetivo de las renegociaciones consiste en restablecer el equilibrio económico con el cual el delegatario incurrió en el contrato, pero nunca en mejorar y ofrecer lucros ni beneficios excesivos a éste.

¿Por qué debe renegociarse? El contrato de delegación es un negocio cuyas condiciones económicas quedan fijadas en la licitación pública que se llevó a cabo y que fue adjudicada al delegatario que ofreció las mejores condiciones. Para presentar su oferta, el delegatario debió evaluar el proyecto, y plantear una propuesta que le permitiese recuperar su inversión, más una cierta rentabilidad, dentro del plazo del contrato. Cuando dentro del curso de la coparticipación se activan ciertos riesgos que deben ser asumidos por el Estado de conformidad con lo pactado, entonces éste deberá afrontarlos y reconocer al delegatario compensaciones por los daños o las afectaciones que la ocurrencia de dichos riesgos le hubiere generado.

⁷⁶ R. Dromi, "Renegociación y reconversión de contratos públicos", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pg. 56.

Por lo tanto, la causa generadora de la renegociación de los contratos de delegación será la materialización de los riesgos que se comprometió a asumir el Estado, por encontrarse más capacitado para afrontarlos, tales como los riesgos de demoras en las expropiaciones, riesgos políticos: sobrecostos por causas imputables al Estado, riesgos de inversiones nuevas no previstas, entre otros. Por descarte, la activación de los riesgos que haya asumido el delegatario en el contrato de delegación no debiera generar una renegociación contractual, ya que éste debió preverlos en su oferta y por ende tendrían que estar ya considerados en la ecuación económico financiera del contrato original. Para mayor profundización de este tema nos remitimos al capítulo cuarto de este estudio.

¿Dónde se puede originar la renegociación? La iniciativa para la renegociación podrá provenir del Estado, del delegatario o de una instancia judicial o arbitral que así lo resuelva, en caso de haber recurrido las partes a ella. El acuerdo deberá realizarse no solamente sobre la compensación económica que corresponda al particular, sino también sobre las nuevas características de las obras y/o de los servicios y niveles de prestación de éstos, la forma de ejecución de sus compromisos, el plazo, entre otros. En el Ecuador no existen disposiciones que normen el procedimiento y los requisitos para llevar a cabo una renegociación de delegaciones al sector privado, tal como sí se las puede encontrar en la normativa chilena de concesiones de obras públicas.

La renegociación buscará reintegrar el equilibrio económico financiero del contrato, el cual ha sido alterado en detrimento del particular, tratándose por ende de una compensación de daños y perjuicios a favor de éste último por el daño emergente y por el lucro cesante que se le hubiere causado. Los mecanismos de compensación al particular que pueden implementarse en una renegociación se encuentran planteados en el numeral 6.4 “Mecanismos de Compensación” de este capítulo.

La existencia de una renegociación implica necesariamente una transacción y acuerdo entre las partes, con cuya conclusión ambas se sientan satisfechas. Por ello es aconsejable que los contratos de delegación establezcan los procedimientos para llevar a cabo las renegociaciones, de manera que los mismos resulten transparentes para el público y justos para ambas partes.

CAPÍTULO SÉPTIMO

7 CONCLUSIONES

7.1 Recapitulación

7.1.1 Generalidades

Existe servicio público cuando el Estado asume una actividad esencial para la población, ejerciéndola por sí mismo o concediéndola a los particulares. En el régimen de servicios públicos, el Estado cuenta con prerrogativas jurídicas especiales, para garantizar la continuidad, igualdad, obligatoriedad, uniformidad y generalidad de los mismos, es decir, su eficacia.

El Estado es el responsable de la provisión de servicios públicos, de cuya prestación podrá encargarse directamente o por delegación a terceros. En este punto cabe la precisión respecto a que la prestación de los servicios sí puede ser delegada por el Estado, no así, el control y regulación de éstos, obligación de la cual no puede desligarse. El aspecto a destacar con éste análisis consiste en que el Estado siempre será responsable de controlar y regular los servicios públicos, garantizando a los ciudadanos, que dichos servicios sean provistos de manera eficiente y a precios justos.

Los esquemas o mecanismos de coparticipación público – privada en la construcción de obras y la administración de servicios públicos, esto es, en el sector de infraestructura, son variados y abarcan un amplio espectro que va desde la privatización de empresas públicas hasta la entrega en concesión de carreteras, puertos, aeropuertos, entre otros sectores del transporte, pasando evidentemente por modalidades intermedias.

Con este marco de referencia, a través de este estudio se presenta un modelo de gestión de infraestructura que puede servir como herramienta idónea para la realización de obras, la prestación de servicios y la explotación de actividades productivas, todas ellas de naturaleza o con finalidad pública. De la misma manera, se busca presentar un nuevo modelo de participación del Estado en el referido sector de infraestructura, basado en las tendencias actuales de las sociedades, así como establecer el rol del sector privado en este contexto, y el impacto que se busca lograr en términos de calidad de vida de los ciudadanos y la competitividad del país frente a los otros.

La principal orientación de este trabajo se dirige a los servicios públicos, cuya noción es la que consta a continuación: *“Aquella actividad estatal normada por el Derecho Positivo, que persigue satisfacer las necesidades de un conglomerado social. Esta actividad puede ser ejercida por el Estado en forma inmediata o directa, o indirectamente a través de un tercero. Al operar el Estado un servicio público no busca sino la realización de su fin último: el bien común”*.⁷⁷

En cuanto a las características del servicio público, se pueden establecer las siguientes:

- Exclusividad regalística por parte del Estado
- Igualdad
- Regularidad
- Actividad indispensable para la vida social
- Se regula por el Derecho Público
- Continuidad

Debe entenderse que la prestación de servicios públicos y la generación de obras con el mismo carácter, se refiere tanto a empresas de naturaleza nacional como a entidades seccionales, regionales o autónomas, creadas especialmente para dichos efectos, siempre que las mismas sean administradas por el sector público.

La coparticipación del Estado con el sector privado puede implementarse de varias maneras, desde la venta total de acciones de empresas públicas, como la modalidad más agresiva, pasando por la concesión al sector privado y la obtención de financiamiento privado para infraestructuras públicas.

La gestión indirecta ha sido uno de las figuras clave de la administración de servicios y posteriormente de obras, ya que sirve para resolver el problema de la prestación de servicios públicos cuya explotación requiere una técnica empresarial de naturaleza privada. La gestión indirecta jurídicamente se desdobra de la siguiente manera:

⁷⁷ Miguel Hernández Terán, “La Responsabilidad Extracontractual del Estado”, Editorial Edino, Guayaquil-Ecuador, 1992, pg. 83-84.

- La titularidad del servicio es retenida en todo caso por el Estado; y,
- La gestión del servicio de naturaleza predominantemente económica, el cual se entrega a un concesionario privado que es, por tanto, quien asume los riesgos económicos de la explotación resarcándose con las tarifas que se autoriza a percibir de los usuarios.

El rol del Estado ha sido históricamente relevante en la provisión de infraestructura, no solamente en los países en desarrollo de nuestro continente, sino también en los del primer mundo. Pueden establecerse cinco razones para la fuerte presencia del Estado en esta actividad y por las cuales no se ha requerido la participación privada en dicha provisión:

- Mercados limitados;
- Monopolios naturales;
- Grandes capitales y largos períodos de recuperación;
- Beneficios no asimilados por los usuarios;
- Dificultad para fijar tarifas y recaudar.

El nuevo entorno de los últimos años, especialmente en nuestros países latinoamericanos, genera condiciones que permiten revisar el tradicional modelo de gestión de obras y servicios públicos o de infraestructura. Dichas condiciones que inciden de manera positiva en la implementación de los modelos de asociación público-privada son:

- Demandas fuertes e insatisfechas;
- Viabilidad económica de mecanismos de regulación;
- Mercado de capitales crecientes, profundos y de largo plazo;
- Usuarios dispuestos a pagar;

Frente al nuevo entorno económico y político que enfrentan los gobiernos en la actualidad, este nuevo esquema de gestión, corresponderían al Estado moderno las siguientes funciones:

- Definiciones estratégicas;
- Regulación;
- Fiscalización;
- Subsidiariedad.

Con estos planteamientos, el rol del sector privado consistirá en la provisión de los servicios de infraestructura, esto es, llevar a cabo las actividades empresariales de cada rubro, como ocurre en cualquier otro sector industrial de bienes y productos.

Es fundamental rescatar que el Estado nunca perderá su responsabilidad, tal como lo señala la Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 314 y 316 de proveer los servicios y obras básicos, sino que podrá delegar la ejecución de éstos, manteniendo siempre su control, regulación y poder sancionatorio, hasta el límite incluso de rescatar o retirar la delegación al privado, en caso de mal funcionamiento del servicio. En definitiva, el Estado mantendría incluso con la aplicación de estos mecanismos, su responsabilidad por la calidad de las obras y servicios públicos.

El objetivo esencial que se persigue a través de la implementación de estos mecanismos no es de orden fiscal, sino que consiste en incrementar la eficiencia, eficacia y calidad de los servicios, así como la reducción de sus tarifas en resguardo del usuario y consumidor, de quienes es responsable el Estado. Todo ello debe ocurrir dentro del ámbito de libre competencia; resultados y beneficios que deben trasladarse a la ciudadanía en general, y buscar en última instancia incrementar la competitividad del país.

7.1.2 La coparticipación en la legislación ecuatoriana

Existen dos aspectos críticos que forman parte del régimen jurídico de los contratos de delegaciones⁷⁸:

- i El servicio público prestado mantendrá su condición de público, lo cual significa que el Estado impondrá una serie de normas de derecho administrativo. Las características de un servicio público permanecen aunque éste no sea prestado directamente por el Esta-

⁷⁸ Dolores M. Rufián Lizana, ob. Cit, pg. 115.

do a través de sus instituciones, y tendrán aplicación incluso aunque no estén expresamente establecidas en el contrato.

- ii El delegatario generalmente estará impulsado por un interés de carácter económico o pecuniario, para satisfacer el cual se compromete a cumplir con una serie de prestaciones y compromisos de explotación de un servicio público.

Existen entonces en los contratos de delegación dos tipos de normas que los rigen: las que dentro del ámbito del derecho administrativo le correspondan, y las que derivan del contrato propiamente dicho.

Como consecuencia de esta naturaleza pública, el privado se convierte en un verdadero colaborador o socio del Estado, y debe cumplir sus obligaciones siguiendo reglas más estrictas que las del Derecho Privado, ya que el interés general del servicio público exige una intervención más rigurosa del delegatario.

En cuanto a la legislación ecuatoriana, el cuerpo normativo que básicamente regula la modernización del Estado a través de sus diversos mecanismos es Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

La Constitución Política de la República del Ecuador también reconoce las delegaciones de servicios públicos al sector privado, en su artículo 316.

Sin embargo, sobre la naturaleza jurídica de las delegaciones podríamos decir que consisten en contratos *sui generis*, que se caracterizan en términos generales por ser de largo plazo, donde el privado presta directamente un servicio público. Ello hace que el éxito del contrato dependa de factores como una distribución equilibrada de los riesgos y de resultados en función de la naturaleza de los proyectos, de su equilibrio económico y financiero y de una relación estable y duradera entre el sector público y privado.⁷⁹

Entre los diversos mecanismos de coparticipación público privada en el Ecuador están:

- La empresa de economía mixta
- El joint venture

⁷⁹ Carlos Cruz Lorenzen, Ob. Cit, 1999.

- La privatización de empresas y servicios públicos mediante:
 - i. El aporte al capital de sociedades por acciones
 - ii. La venta
 - iii. La transformación, fusión, escisión y liquidación de empresas estatales o mixtas.
- Las delegaciones mediante:
 - i. El arrendamiento mercantil o leasing,
 - ii. La concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo.
 - iii. Otros mecanismos jurídicos amparados por el derecho ecuatoriano tales como el concurso, el remate y la contratación directa.

7.2 Principales aspectos relacionados con el control y supervisión

El Estado es el responsable de la provisión de servicios públicos, de cuya prestación podrá encargarse directamente o por delegación a terceros. En este punto cabe la precisión respecto a que la prestación de los servicios sí puede ser delegada por el Estado, no así, el control y regulación de éstos, obligación de la cual no puede desligarse. El aspecto a destacar con éste análisis consiste en que el Estado siempre será responsable de controlar y regular los servicios públicos, garantizando a los ciudadanos, que dichos servicios sean provistos de manera eficiente y a precios justos.

Una vez suscrito el contrato de delegación, surgen relaciones jurídicas entre el Estado y el delegatario, a la vez que entre éste último con sus acreedores y con los usuarios. La relación entre el otorgante y el delegatario, impone obligaciones y comportamientos a éste último, y correlativamente una serie de compromisos o deberes al otorgante, quien se vuelve responsable del control y dirección del desenvolvimiento del delegatario. Un contrato de delegación constituye entonces una relación particular entre ambos contratantes, integrando una serie de normas que conforman un verdadero ordenamiento jurídico.

Dentro de la multiplicidad de áreas de desempeño de un privado en un contrato de coparticipación, se encuentran entre otras:

- a) La administrativa/jurídica
- b) La operativa
- c) La técnica

Es necesario destacar que la actuación de supervisión y control del Estado debe estar orientada a la eficiente prestación del servicio público, por sobre la ejecución de las garantías, o la imposición de sanciones al privado por las deficiencias en la calidad del servicio o en el cumplimiento de sus compromisos en general.

En este contexto, resulta recomendable procurar la existencia de incentivos que, en cualquier contrato entre particulares, buscan asegurar el correcto funcionamiento de éste, mientras que en las delegaciones, perseguirían además la adecuada prestación de un servicio público. En otras palabras, debe procurarse que el diseño del contrato se oriente a incentivar el correcto desempeño del privado, por sobre la imposición de castigos.

De manera general podemos señalar que la supervisión de una coparticipación contempla tres tipos de atribuciones:

- a) La de realizar inspecciones y controles in situ, a las instalaciones delegadas.
- b) La de emitir disposiciones al delegatario, en el sentido de hacer o no hacer, esto es, mandatorias o prohibitivas, con la finalidad de obligarlo a explotar u operar el servicio público de la manera que el Estado estime compatible con los niveles de eficiencia y precios deseables.
- c) La de imponer al delegatario las medidas y los requerimientos que sean necesarios para mantener al otorgante actualizado sobre la evolución de la coparticipación, y en especial sobre la gestión que está realizando el privado.

A continuación mencionaremos algunos de los mecanismos de supervisión periódica más comunes para las coparticipaciones de servicios públicos:

- Evaluaciones de desempeño
- Auditorías de gestión
- Parámetros establecidos por organismos internacionales
- Auditorías de seguridad
- Opinión de usuarios
- Sugerencias y reclamos de usuarios
- Clientes fantasma
- Evaluaciones comparativas con otros negocios/servicios similares
- Mediciones
- Revisión y control de la información requerida al privado

A pesar que las relaciones jurídicas entre el delegatario y sus financistas u otros terceros, no forman parte del contrato de coparticipación como tal, existen determinados aspectos de dichas relaciones que tienen una incidencia directa y alta en el desarrollo de la coparticipación.

El contrato de coparticipación deberá regular que los derechos económicos derivados del mismo puedan ser otorgados en garantía, y que además sean transmisible, previendo de tal manera que si el privado incumple sus compromisos de pago con sus financistas, éstos puedan acceder al cobro directamente sobre dichos derechos. El punto crítico de este análisis lo constituye la forma bajo la cual dichos acreedores tendrán derecho al cobro: ¿será mediante explotación directa de la delegación, o continuará vigente su calidad de acreedores con derecho a cobro frente a un nuevo delegatario designado por el Estado?

En la legislación anglosajona, la sustitución del delegatario por parte de sus acreedores en caso de incumplimiento, se reconoce expresamente y se denomina “*step in rights*”. Los financistas pueden acceder a la explotación de la delegación, directamente o subcontratando a terceros, con miras a obtener el repago de sus acreencias. Esta figura jurídica es bastante sensible toda vez que se basa en que la delegación no tendría carácter de “*intuitu personae*” entre el Estado y su delegatario, al permitir una ejecución de garantías que implica la sustitución de éste último por otros.

La figura del “step in rights” es demasiado agresiva para nuestra realidad jurídica, ya que el Estado busca entregar en manos especializadas la provisión del servicio, y por ende no le resulta igual que una persona distinta a aquella que reunió los elementos necesarios para recibir la delegación sea sustituida por una entidad de naturaleza financiera. Si embargo, con la finalidad de facilitar el otorgamiento de créditos para los negocios de coparticipación, sí se reconoce como válida la utilización de mecanismos fiduciarios que aseguren al financista el repago de sus acreencias.

En Chile, la intervención por parte de acreedores en las concesiones se encuentra regulada en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, la cual incluye el derecho en sí de explotar la concesión, los títulos de acciones de la concesionaria, los ingresos que ésta deba percibir de parte del Estado, y, además, los ingresos del negocio. Ello implica por ende que se reconoce la posibilidad de ejecución y remate por parte de los acreedores. Estas posibilidades no son reconocidas expresamente por nuestra legislación, sin perjuicio de la disposición expresa del Código Civil en su artículo 2391, referente al derecho de prenda general a favor de los acreedores.

Además de las relaciones del delegatario con sus financistas, existen otros terceros que tienen ingerencia en la coparticipación, tales como los subcontratistas, los empleados y los accionistas de la empresa delegataria.

- En cuanto a la *cesión del contrato*, la legislación de modernización de nuestro país en el artículo 89 del Reglamento sectorial, dispone que el contrato de concesión no podrá cederse ni total ni parcialmente, salvo que se cuente con aprobación previa y expresa de la autoridad concedente, en virtud que la cesión del contrato implica una verdadera novación por cambio de una de las partes, la cual subrogaría en todos sus derechos y obligaciones al cedente.
- En relación a la *transferencia de las acciones* de la sociedad concesionaria se establece en el referido artículo 89, que en el Estatuto social de ésta se prevea la autorización previa de la concedente para proceder a la venta de las acciones.
- En lo que respecta a las *obligaciones patronales* de la delegataria, el Reglamento General la Ley de Modernización del Estado dispone en su artículo 88 que las cargas laborales no se traspasan entre concedente y concesionario, manteniendo cada la cual responsabilidad que le corresponda sobre sus respectivos empleados.
- La *subcontratación* está permitida sin que ello exima de la responsabilidad integral al delegatario, conforme lo dispuesto en el artículo 105 del Reglamento en mención.

El control que debe realizar el Estado sobre el desarrollo de las relaciones entre el delegatario y los terceros anteriormente indicados es de importancia, y debe ir enfocado principalmente a evitar que los inconvenientes o desacuerdos originados en estas relaciones tengan incidencia negativa en la coparticipación.

Es preciso destacar en este apartado que el control y la supervisión de la ejecución de una coparticipación es responsabilidad absoluta e indelegable del Estado, el cual jamás podrá renunciar a ella. El objetivo de la supervisión del Estado consistirá en garantizar a los usuarios que los servicios públicos delegados, que son prestados bajo su control, sean eficientes, responsables, continuos, universales, accesibles y de calidad, velando porque sus precios o tarifas sean equitativos.

Adicionalmente, los mecanismos para implementar una correcta supervisión variarán según el sector de servicios públicos del cual se trate, así como según la modalidad y características particulares de la coparticipación correspondiente. Por ello, debe procurarse que el diseño de los mecanismos contractuales de supervisión y control tenga una orientación práctica, de manera que logre un control efectivo por parte del Estado, sin inmiscuirse excesivamente en los negocios del privado ni afectar innecesariamente su giro de actividades. Debe tenerse presente también que un elemento vital que debe formar parte de las renegociaciones en los contratos de delegaciones es el control y la supervisión, ya que al modificarse las obligaciones de las partes, debe también reajustarse los mecanismos que existirán para controlarlas.

7.3 Recomendaciones jurídicas sobre aspectos no regulados

7.3.1 Responsabilidad frente a los usuarios

En el capítulo quinto de este estudio se analizó la responsabilidad contractual del Estado en los acuerdos de coparticipación. Si bien es cierto que el privado tiene obligaciones derivadas de los contratos suscritos, no es menos verdad que el Estado también adquiere con la firma de contratos de coparticipación, sus propios compromisos.

Conforme se ha señalado previamente, la responsabilidad contractual del Estado configura incumplimientos de parte de éste cuando ejerce incorrectamente sus atribuciones de intervención en la actividad del privado, realiza acciones que generan la ruptura del equilibrio económico del contrato, o transgrede acuerdos contractuales entre los que se consideran los retrasos en sus obligaciones de pagar, dar, o hacer, y en el caso extremos, la omisión total de sus compromisos.

La responsabilidad que tiene el Estado frente al delegatario en el marco de un contrato de delegación, se encuentra regulada en la legislación ecuatoriana. Sin embargo, la responsabilidad del Estado dentro de una delegación de servicios públicos frente a los usuarios, no tiene una normativa clara.

Iniciaremos este análisis haciendo referencia a las normas constitucionales que disponen:

Art. 11.-

9.- “...El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos...”.

Art. 54.- “Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo...”.

Art. 314.- “El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos

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

Se desprende de las normas citadas, que el Estado es responsable de la provisión de servicios públicos en forma directa o a través de terceros vía delegación. El prestador de un servicio público, sea el Estado o un delegatario, será responsable frente a los usuarios de la provisión deficiente de dicho servicio y de los perjuicios que ésta les hubiere ocasionado.

¿Cuál es entonces la situación del usuario frente al prestador de un servicio público? Puede entenderse que el usuario tiene el mismo derecho a recibir un servicio ininterrumpido, sin discriminación, eficiente y a precios equitativos, independientemente de la calidad de público o privado que tenga el proveedor. De la misma manera, el derecho de reclamar y ser resarcido, asistirá al usuario cuando éste resulte perjudicado por la deficiente o nula provisión del servicio, sin importar quién sea el prestador del mismo.

Surge en este punto la inquietud a resolverse: ¿Teniendo el Estado una responsabilidad directa de controlar la adecuada prestación de un servicio público delegado, podrá el usuario demandarlo directamente por los perjuicios que la mala provisión del servicio le haya ocasionado, o deberá dirigir su acción directamente al prestador?

Pasemos a analizar los elementos que constituyen la responsabilidad del Estado⁸⁰:

- *Perjuicios a particulares.*- Se entiende por tal a la existencia de un daño, entendido como el detrimento o menoscabo que por acción u omisión de otro se recibe en la persona o los bienes. La responsabilidad civil implica que por la existencia de un antecedente perjudicial, debe existir una reparación o indemnización que cubrirá tanto el daño emergente como el lucro cesante.
- *Servicios públicos o actos de funcionarios y empleados estatales, en el ejercicio de sus cargos.*- El daño deberá provenir de la prestación deficiente de un servicio público o del desempeño de un funcionario público en el ejercicio de su cargo. El alcance de este precepto debe entenderse tanto para las acciones como para las omisiones, generándose en ambos casos responsabilidad civil para el Estado.
- *Relación de causa a efecto entre el perjuicio y el servicio público, o entre aquél y los actos de los funcionarios públicos.* Debe existir un vínculo claro de causa a efecto entre el daño sufrido y el servicio público o los actos u omisiones de los funcionarios públicos.

Se entiende entonces que cabe una indemnización de perjuicios cuando un servicio público causa daño, esto es, cuando ha funcionado mal, cuando sorpresivamente deja de funcionar, o cuando funcionando lo hace de una forma imperfecta, insuficiente o retardada. En la misma línea de análisis, la culpa del particular en el perjuicio sufrido por sí mismo con ocasión de un servicio público, exonera de responsabilidad al proveedor del mismo.

Sobre la responsabilidad del concesionario frente a terceros, dispone el Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado:

Art. 90.- “ Los concesionarios responderán de los daños de cualquier naturaleza que, con motivo de la ejecución de la obra o la prestación

⁸⁰ Miguel Hernández Terán, Ob. Cit, pg. 75.

del servicio, se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a eventos de fuerza mayor o caso fortuito.”.

Art. 127.- “Desde que el concesionario ocupe materialmente los terrenos destinados a la concesión estará obligado a deslindarlos de la responsabilidad de la entidad concedente...”

...El concesionario responderá de los daños de cualquier naturaleza, que con ocasión de la ejecución o explotación de la obra, se ocasionen al medio ambiente o a terceros, a menos que sea imputables a medidas de autoridad, después de haber suscrito el contrato”.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 209, también establece la responsabilidad del Estado en la indemnización por daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio, legitimando para interponer esta petición a los particulares a quienes las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios les hubieren irrogado perjuicios”.

Podemos concluir señalando que la legislación ecuatoriana establece una responsabilidad objetiva por los perjuicios que la mala prestación de un servicio público ocasione, sea éste gestionado directamente por el Estado o por delegación a un privado. El espíritu de las disposiciones vigentes permite interpretar que la acción indemnizatoria debe dirigirse por parte del afectado en primer lugar al prestador del servicio. De ello derivaría que el reclamo al Estado cuando el servicio está delegado, cabe solamente de manera supletoria luego de actuar contra el prestador directo. ¿Pero, puede un particular elegir actuar directamente contra el Estado por su deficiente labor en el control y supervisión de la delegación? En primera instancia aparenta ser razonable demandar al Estado por el incumplimiento de su responsabilidad que evidentemente no es delegable. También podría colegirse que al ser uno solo el daño sufrido por el usuario, y elegir éste actuar contra el Estado, habría una especie de renuncia a la acción contra el prestador del servicio, ya que no cabría una doble indemnización por el mismo perjuicio. En este análisis vale considerar el tema de la prueba, que cuando versa sobre un hecho negativo como la falta de control o supervisión adecuada por parte del Estado, reviste mayor dificultad.

La recomendación que se plantea consiste en regular que el usuario perjudicado por un servicio público delegado deba elegir entre iniciar una acción contra el Estado o contra el delegatario del servicio público, agotada la cual no podrá irse contra la parte no demandada originalmente. Debiera establecerse una prelación en la cual tendría preferencia la acción contra el prestador directo del servicio.

7.3.2 Adecuada distribución jurídica de riesgos

Se reconoce en la doctrina jurídica que la distribución de riesgos es un elemento clave en todo contrato. Particularmente en los procesos de coparticipación público privada, debido a las ingentes sumas de dinero que demandan y el largo horizonte de su recuperación, los riesgos suelen configurarse como muy altos, razón por la cual los inversionistas privados no suelen interesarse en asumirlos solos. A su vez los beneficios de este tipo de negocios pueden ser considerables, y partiendo del principio que los riesgos son compartidos, entonces también deben serlo los beneficios. En este contexto, resulta legítimo y necesario que los poderes públicos asuman una parte del riesgo, y compartan en esa porción los resultados del proyecto.

- i En la legislación chilena existen las siguientes figuras jurídicas que regulan *riesgos de explotación del negocio*, con las cuales no contamos en el Ecuador.⁸¹

La Garantía de Ingresos Mínimos

- Con la finalidad de cubrir diferentes riesgos en la etapa de explotación y con la posibilidad de ayudar el financiamiento de proyectos de coparticipación, existe en Chile una garantía para cubrir los problemas de bajas considerables de ingresos del concesionario producidas por caídas en la demanda. En las primeras etapas de las delegaciones se estableció en dicho país una garantía de demanda mínima año a año. Posteriormente se incorporó una garantía de ingresos mínimos.

Este seguro o garantía de ingresos mínimos tiene la naturaleza de un aporte eventual, contingente e intermitente, que realiza el Estado al proyecto establecido dentro del contrato respectivo. Este ingreso mínimo puede considerarse incluido entre los subsidios o entre los beneficios adicionales expresamente estipulados en el contrato, y constituye una garantía que el delegatario puede ceder a sus acreedores.

⁸¹ Sergio Hinojosa Ramírez, ob. Citada, pg. 23.

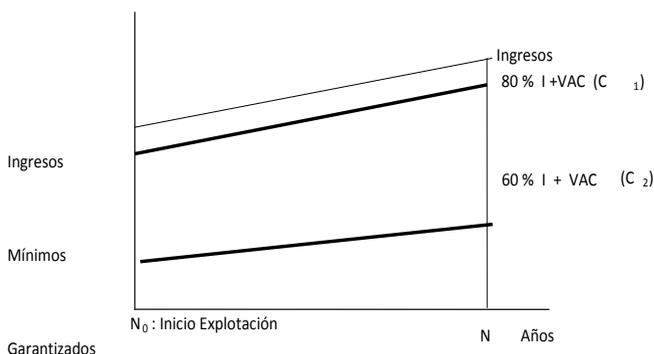
La Regulación de la Rentabilidad Extraordinaria

Como contrapartida a la garantía de ingreso mínimo se ha establecido en Chile un sistema para compartir los excedentes de la rentabilidad entre el Estado y el delegatario. El exceso de beneficios del concesionario debe estar predeterminado a una tasa establecida entre ambas partes, obligando así al delegatario a compartir con el Estado los excesos de rentabilidad que se hayan producido por sobre el nivel preacordado.

En otras palabras, si el concesionario opta por elegir la opción de garantía estatal de ingresos mínimos en la forma como se señaló anteriormente, entonces como contrapartida deberá entregarle al Estado, a partir de cierto punto máximo de ganancias, un porcentaje de los ingresos por sobre la rentabilidad predeterminada.

En definitiva, el mecanismo establecido en la legislación chilena contempla un sistema de bandas de seguridad para el delegatario: si se acoge a la garantía del seguro de ingresos mínimos, también deberá compartir el exceso de rentabilidad con el Estado, ambos factores dentro de los niveles de la banda que se preestablecen en el contrato.

Gráficamente



El gráfico muestra las dos bandas C_1 y C_2 que constituyen el límite mínimo de ingresos asegurados (C_2), y el máximo sobre el cual deberá compartir los resultados (C_1). Si los ingresos del proyecto se verifican dentro de los límites de la banda, el concesionario no recibirá subsidio del Estado, ni compartirá sus utilidades; si los ingresos del proyecto se verifican por debajo de C_2 , se generará la garantía de ingresos mínimos a favor del concesionario; y, si la rentabilidad del proyecto se verifica por sobre C_1 , el concesionario deberá compartir los excedentes de rendimientos con el Estado.

Este sistema es sumamente novedoso y estimamos que reviste un contenido financiero propio de economías más avanzadas que la ecuatoriana. Sin embargo de ello, lo planteamos en este análisis por considerar que en el futuro podría ajustarse a la realidad ecuatoriana, una vez que se evolucione al punto de manejar las coparticipaciones como verdaderos negocios conjuntos entre el Estado y los privados; ese sería el tiempo de incorporar nociones como las señaladas en este apartado a nuestra normativa jurídica.

- ii Riesgos arqueológicos:* De la experiencia ocurrida en otros países, particularmente en procesos de coparticipaciones en los que existen edificaciones de importancia, la regulación de quién corre con el riesgo del eventual hallazgo de restos arqueológicos suele determinarse.

Estaríamos frente al caso de un empresario privado que se encuentra desarrollando una obra pública en cumplimiento de un contrato de coparticipación suscrito con el Estado, y, en el curso de sus trabajos de movimiento de tierras, se encuentra con vestigios arqueológicos. Siendo este tipo de bienes, por su propia naturaleza, de propiedad inalienable del Estado, ¿a quién corresponderá su extracción física y quién deberá cancelar los gastos que dicha extracción ocasione? De las respuestas a estas preguntas surge una interrogante adicional: ¿quién correrá con el riesgo de los daños que se ocasionen a las piezas arqueológicas durante su extracción?

Son estos los aspectos que ameritan una adecuada regulación, que por su naturaleza en este caso puede normarse contractualmente sin necesidad de existir legislación específica. La finalidad de estas cláusulas sobre riesgos arqueológicos consiste en mitigar los riesgos del inversionista privado en cuanto a costos exorbitantes producidos por este tipo de hallazgos, que de producirse podrían conllevar a que un delegante abusivo exigiere asumir íntegramente al privado y luego entregar de manera gratuita al Estado, co-

brando incluso por los daños que sufrieren las piezas. La orientación de nuestra sugerencia sería que el Estado sea el responsable de la extracción física de restos arqueológicos y del pago que ella ocasione, en caso de ser encontradas dichas piezas incidentalmente por el privado mientras trabaja en una obra. Adicionalmente se deberá establecer en el contrato las consecuencias que este tipo de hallazgos ocasionan con respecto al plazo de edificación de las obras, nuestra sugerencia consistiría en que se suspenda el plazo que tiene el delegatario para llevar a cabo las obras, por el mismo lapso que haya tomado la extracción de los restos arqueológicos, determinándose un plazo máximo de espera, luego del cual debiera plantearse una renegociación contractual por efectos de la pérdida de la oportunidad para el delegatario.

*iii. Riesgo de extinción*⁸²: La terminación anticipada de un contrato de coparticipación, bien fuere por decisión unilateral arbitraria del Estado, o por las causales de incumplimiento del delegatario previstas, genera grandes preocupaciones tanto en los empresarios privados como en sus acreedores o financistas, por cuanto si el contrato se extinguiera, el delegatario quedaría imposibilitado de recuperar su inversión, salvo eventuales indemnizaciones a las que podría acceder en determinados casos.

Sobre este tema, la normativa chilena es considerada una de las más confiables del mundo, por varias razones: En primer lugar, el riesgo político de una eventual estatización es prácticamente inexistente. En segundo lugar, ni siquiera el incumplimiento del delegatario da lugar a la extinción del contrato perjudicando a los acreedores. Ello porque el contrato incumplido se vuelve a licitar en beneficio de los acreedores, teniendo continuidad las disposiciones contempladas en el mismo. Algo parecido ocurre en el caso de quiebra, donde se permite la continuidad del giro por parte de los acreedores del delegatario durante todo el tiempo que reste al contrato. Por último, de conformidad con el Reglamento chileno de Concesiones la extinción por mutuo acuerdo entre el concesionario y el Estado solamente es posible si se tiene el acuerdo de los acreedores que hayan tomado a su favor la prenda especial de concesión de obra pública, por lo que éstos no tienen ni siquiera el riesgo de prepago.

Sobre este tema, se recomienda en el Ecuador una regulación más clara de la situación bajo la cual quedarían los delegatarios y particularmente los acreedores de éstos, en caso de una eventual terminación anticipada de una delegación por parte del Estado, con precisión de los derechos y/o indem-

⁸² Carlos Cruz Lorenzen, Ob. Cit, 1999.

nizaciones a que hubiere lugar según fuere el caso. Esta clarificación ayudaría a brindar una mayor seguridad jurídica y política a los procesos de coparticipación en el Ecuador, atrayendo consecuentemente más interesados en las licitaciones; de otro lado, aseguraría al Estado el límite de sus responsabilidades en caso de resolver terminar una delegación anticipadamente, consideración de importancia habida cuenta de la debilidad que acusa el sector público en su defensa frente a procedimientos judiciales llevados a cabo en su contra por actores del sector privado con aspiraciones de resarcimiento que pudieren resultar desbordantes.

*iv Riesgo en la obtención de permisos y autorizaciones públicas*⁸³: El delegatario deberá gestionar, obtener y mantener vigentes y con plenos efectos, todos los permisos de entidades públicas necesarios para el desarrollo, construcción, explotación, operación y financiamiento del negocio de coparticipación. Estos requerimientos pueden resultar particularmente significativos cuando se trata de proyectos que implican la edificación de grandes infraestructuras, tales como la producción de energía, minería, o la explotación de otros recursos naturales. Podría llegarse a la situación en la cual la falta de obtención o de vigencia de un determinado permiso o autorización pública, implicaría que la coparticipación deje de operar, produciéndose un desfase en la rentabilidad del proyecto, el incumplimiento de los compromisos de pago del delegatario, y el reclamo de indemnizaciones por parte de proveedores u otros terceros. Incluso podría darse el caso extremo en el cual gobierno abusivo retardase la emisión de los permisos necesarios para la marcha de la coparticipación, como mecanismo de presión o sabotaje al delegatario.

Este tipo de situaciones son las que típicamente se negocian en los contratos de coparticipación, sin necesidad de estar contemplados en la legislación del país correspondiente. Los acuerdos a los que se suele llegar entre las partes son los siguientes: el Estado se compromete a otorgar los permisos necesarios, dentro del límite de los requerimientos legales que deban cubrirse para el efecto; el Estado se compromete a reconocer al inversionista los costos excesivos en que ha incurrido por la demora injustificada en la obtención de los permisos necesarios; o bien, el Estado se compromete a otorgar dentro de determinados plazos al delegatario, una lista de permisos preestablecidos, siempre que éste reúna los requisitos y formalidades necesarias para su obtención. En el Ecuador no existe una normativa precisa sobre este tema, además de la obligación⁸⁴ del conce-

⁸³ Scott L. Hoffman, Ob. Cit, pg. 67.

⁸⁴ Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, artículo 87, literal b.

dente de obtener que las demás entidades públicas permitan al concesionario el desarrollo de sus actividades y la ejecución del contrato. Nuestra propuesta consistiría en que los propios instrumentos contractuales definan los alcances de la responsabilidad que tiene cada una de las partes en la obtención de los permisos necesarios para llevar a cabo la delegación.

- v *Riesgo Tributario*: Tal como se lo mencionó en el capítulo seis de este estudio, el poder tributario puede ser utilizado como herramienta de devastación. La normativa fiscal puede constituir un incentivo o una grave estocada a las finanzas de un proyecto, y por ende a su viabilidad. Esta puede verse afectada por los niveles de impuestos, obligaciones, contribuciones u otros pagos al gobierno.⁸⁵

Con esta premisa en mente, puede considerarse que si bien en el Ecuador existe una estabilidad tributaria para inversionistas extranjeros, se mantiene latente el riesgo de la creación de nuevos tributos que pudieran surgir en el curso de la coparticipación, o la elevación de aquellos existentes. En ambos casos pudiera tratarse de tributos nacionales, seccionales o dirigidos a entes públicos específicos.

Típicamente los inversionistas persiguen que el Estado les provea de garantías en cuanto a la estabilidad tributaria sobre el marco vigente al momento de la contratación de la coparticipación. En nuestra opinión, no es recomendable proceder en tal sentido, ya que el tratamiento tributario que se le otorga a todos los inversionistas privados debe ser igualitario, conforme los preceptos constitucionales, y por ende otorgar garantías de este tipo a favor de proyectos de inversión específicos constituiría una discriminación contra otros. Sin embargo no queremos dejar de precisar que la dramática modificación del panorama tributario, en sentido perjudicial para el delegatario, probablemente ocasionará una renegociación contractual de la coparticipación, para la cual el Estado deberá prepararse adecuadamente.

7.3.3 Programas sociales

El Estado delegante puede ligar la gestión de un proyecto de coparticipación al compromiso por parte de los inversionistas de éste de participar o desarrollar programas sociales en el país. Éste podría ser el caso particular de proyectos en los que participan exclusivamente inversionistas extranjeros, y en los cuales los gobiernos necesitan demostrar que el proyecto beneficiará también a los ciudadanos

⁸⁵ Scott L. Hoffman, Ob. Cit, pg. 71.

locales⁸⁶. Como ejemplos se pueden plantear programas de becas educativas, de asistencia médica o de salud, y la capacitación de ciudadanos locales.

También podría surgir la necesidad de impulsar programas sociales dentro de proyectos de delegación que revistan mucha resistencia social o interferencia política, originadas en el sector sobre el cual versa el proyecto, en conflictos laborales, o en reivindicaciones de la comunidad directamente ligada al proyecto. En estos casos es aconsejable que el Estado exija como requisito de la coparticipación la implementación de proyectos de desarrollo social, que aplaquen las fuerzas contrarias a la coparticipación, y generen beneficios a la colectividad directamente afectada por ésta.

No es necesario regular expresamente estos casos en la legislación, ya que su aplicación es realmente casuística, y los requerimientos y características de cada delegación específica serán los que determinen la necesidad y lineamientos de los programas sociales aplicables. Estas pautas deberán establecerse cuando corresponda, en los documentos licitatorios y el contrato de delegación.

7.3.4 Regulación de la delegación frente a terceros

En la legislación ecuatoriana no se encuentra normativa clara respecto a la situación del delegatario frente a terceros, específicamente en cuanto a sus acreedores, las garantías que se otorguen a éstos, y futuros cesionarios de la delegataria. Si bien existen normas que limitan los gravámenes sobre los bienes de las delegaciones y el endoso de las acciones de la delegataria, sin previa autorización del Estado, no se plantean mecanismos que faciliten la participación de financistas y gestionen una verdadera integración de éstos al contrato de coparticipación. Sobre estos temas esbozamos las siguientes propuestas:

- i. Subcontratación:* Si bien la legislación de modernización de nuestro país reconoce indirectamente la posibilidad de la subcontratación dentro de las coparticipaciones, se sugiere que ésta sea permitida expresamente en términos que permitan al delegatario subcontratar cualquier tipo de actividad comprendida dentro del contrato de concesión, salvo aquellas que estuvieren expresamente prohibidas en los documentos licitatorios. La responsabilidad del delegatario deberá ser integral, referida a la correcta ejecución del contrato. Mayores condiciones y requisitos para los subcontratos pueden establecerse en los documentos licitatorios para cada caso.

⁸⁶ Scott L. Hoffman, Ob. Cit, pg. 234.

ii. *Circulación de las acciones de la empresa delegataria:* La autorización previa del Estado para la transferencia de las acciones de la delegataria está prevista en la legislación ecuatoriana en el Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, sin embargo no existe normativa que regule tal autorización o delimite las causales de su negativa. En Chile es mandatario que dicha transferencia sea aprobada cuando se realice a favor de los acreedores de la empresa delegataria que hayan recibido como garantía la prenda de dichas acciones. Esta disposición nos resulta algo agresiva para la realidad ecuatoriana, ya que implicaría que el nuevo accionista de la delegataria pasaría a ser una institución financiera o del ramo, que no reunirá por tanto los requisitos originalmente exigidos al inversionista que participó en la licitación.

La recomendación que sí se estima que debiera recogerse en nuestra legislación consiste en que la autorización para la transferencia de acciones sea otorgada de manera obligatoria previa justificación por parte del cedente, y verificación por la autoridad pertinente, del cumplimiento por parte de la persona natural o jurídica cesionaria, de los mismos requisitos establecidos en las bases de licitación para el inversionista original. La exigencia de requerir autorización previa para la cesión de acciones debiera limitarse a los casos en que se transfiera la mayoría accionarial (51%), o el control administrativo o accionarial a un mismo accionista; por tanto si se tratase de transferencias de bajos porcentajes accionariales que no representen cambios en la administración o el control de la delegataria, no debiera necesitarse autorización previa. Adicionalmente sería recomendable fijar un plazo máximo para que la autoridad correspondiente se pronuncie sobre las autorizaciones requeridas y concordar estas disposiciones restrictivas a la transferencia de acciones con la legislación societaria del país.

iii. *Transferencia de la delegación:* En la legislación chilena se permite al concesionario la transferencia de la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria, para lo cual el Ministerio de Obras Públicas autorizará dentro de sesenta días dicha transferencia, siempre que el cesionario cumpla con los requisitos para ser licitante y no esté sujeto a inhabilidades. Se establece también que la cesión de la concesión deberá ser total, comprendiendo todos los derechos y obligaciones de dicho contrato y sólo podrá hacerse a una persona natural o jurídica, o grupo de ellas, que cumpla con los requisitos para ser licitante, entendiéndose por tal a aquellas personas que, hubieren resultado precalificadas previamente en la licitación que se llevó a cabo para entregar la concesión. El cesionario deberá entregar una garantía de seriedad igual a la que hubieren fijado como garantía de seriedad del contrato las bases de licitación, la que deberá acompañar la solici-

tud de cesión, además de las otras garantías que correspondan a las diversas etapas del proyecto.

La recomendación sobre este tema consiste en incorporar estas previsiones a nuestra legislación, en la cual sólo consta que los concesionarios requieren la aprobación previa expresa del concedente para proceder a la cesión del contrato de concesión. También se sugiere establecer un plazo máximo para el pronunciamiento de la autoridad correspondiente.

iv. Garantías sobre la delegación: En la legislación chilena se reconoce la prenda especial de concesión de obra pública, la cual puede pactarse por la sociedad concesionaria con los financistas de la obra o de su operación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria. En otras palabras, se permite realizar una titularización basada en la prenda especial de la concesión, lo cual facilita el acceso a financiamiento para el delegatario. Se sugiere incorporar en el Ecuador esta posibilidad.

7.3.5 Equilibrio económico-financiero

En cuanto al desequilibrio que pudiere generarse en perjuicio del privado, éste se configurará cuando se incrementen sus obligaciones sin aumentarse proporcionalmente sus beneficios, o cuando se reduzcan éstos sin disminuirse equitativamente sus obligaciones. Esta es la más clara precisión de lo que implica un desequilibrio, ecuación que aplica para cualquiera de las dos partes, Estado o particular:

EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO: DERECHOS= OBLIGACIONES

El restablecimiento del equilibrio implicará por tanto que vuelvan los derechos a nivelarse con las obligaciones, y por ende, no versará sobre lucro.

Tal como se ha señalado anteriormente no se ha hallado en la doctrina ni en la legislación local regulación relativa al potencial desequilibrio económico que pudiere ocurrir dentro de un contrato de coparticipación en perjuicio del Estado. Se estima que ello obedece al perjuicio de considerar que el Estado se encuentra en una posición de dominio o mayor control que su socio privado, sobre quien se concentran los esfuerzos de resguardo ante potenciales abusos de poder o autoritarismo por parte del Estado.

Creemos que la posibilidad de un desequilibrio económico financiero en perjuicio del Estado se encuentra siempre latente en una coparticipación, pudiendo

generarse como consecuencia de las mismas razones que lo motivan en desmedro del socio privado pero en sentido contrario, por ejemplo, la existencia de un nivel de demanda del servicio absolutamente por sobre las estimaciones más optimistas que se consideraron al estructurar el proyecto, puede ocasionar un perjuicio al Estado. El motivo: el particular continuará obligado a prestar un servicio en las mismas condiciones que se pactó originalmente pero ahora con una demanda muy superior a la planeada, como consecuencia es probable que los usuarios se encuentren mal atendidos, que las tarifas no se reduzcan y por tanto que el privado lucre excesivamente, que el Estado no pueda exigir nuevos niveles de prestación de servicios o de nuevas edificaciones, y, consecuentemente tampoco comparta los abundantes réditos económicos percibidos por el socio privado ante esta nueva situación. Debe hacerse énfasis en que al constituir las coparticipaciones regímenes que deben asimilarse a una sociedad, tanto los riesgos como los beneficios deben compartirse de manera equitativa y justa entre las partes; el exceso de rentabilidad para el particular debe reflejarse también en ventajas para el Estado y para quienes interesan a éste: los usuarios.

La sugerencia sobre este tema consiste en incorporar a la regulación de nuestro país elementos que introduzcan los mecanismos de reajuste del equilibrio económico-financiero a favor del Estado, y, mayor especificación respecto al control y reestablecimiento del equilibrio económico-financiero en delegaciones monopólicas. Al momento, estas falencias podrían suplirse con regulaciones específicas desarrolladas dentro de los documentos licitatorios de cada delegación.

7.3.6 Regulación renegotiaciones

Las renegotiaciones son muy frecuentes en los contratos de delegaciones de servicios u obras públicas a la iniciativa, por lo tanto, los términos en los que se llevarán a cabo deben establecerse con claridad en los contratos respectivos. Suelen ocurrir con periodicidad, especialmente en las delegaciones en las que la demanda resulta inferior a la proyectada, deseando el delegatario en consecuencia diferir el programa de inversiones acordado⁸⁷. También puede suceder lo contrario, esto es, que la demanda exceda en tal proporción a la proyectada, que deba acelerarse el plan de inversiones. Estos casos se pueden ajustar de manera más sencilla.

Es habitual que los gobiernos requieran a los inversionistas justo en el período previo a las elecciones, inversiones más fuertes en plazos acelerados, y tarifas más bajas para los usuarios. En estos casos, la renegotiación se enfocará por parte del

⁸⁷ Antonio Estuche-Ginés de Rus, WBI, Ob. Cit, pg.22.

inversionista a la búsqueda de compensaciones financieras que le permitan paliar los efectos negativos ocasionados por los pedidos del Estado.

Un segundo aspecto de importancia en las renegociaciones, consiste en que éstas no deben modificar el valor presente del negocio del inversionista, ya que ello desajustaría toda la estructura financiera bajo la cual se construyó su oferta, y además afectaría la viabilidad del repago a sus acreedores.

Otra consideración que cabe mencionar es que acudir a una renegociación con términos o propuestas vagas, ligeras, o francamente abusivas, constituye una actitud que no sólo pone en peligro a la delegación específica de la cual se trate, sino que afecta a todo el programa de coparticipaciones pendientes y en licitación que esté llevando a cabo el Estado. Por ello, los planteamientos deben ser claros, concisos, y equitativos en los beneficios para ambas partes, sin perder de vista que el Estado no puede desligarse de su responsabilidad como supervisor del contrato.

Las renegociaciones surgen a pesar que en la actualidad la mayoría de los contratos de delegaciones establecen claramente las reglas para evitar situaciones conflictivas, a base de la experiencia adquirida en esta materia desde principios de los años 90⁸⁸. Los contratos de coparticipaciones de última generación en Latinoamérica traen ya insertas las pautas para llevar a cabo renegociaciones, siendo en este sentido Chile el país que más se destaca.

En los contratos de delegaciones se deberían especificar las condiciones que deben existir para que proceda una renegociación de los términos contractuales, la clasificación de los eventos que actuarían como detonantes de la renegociación, y la frecuencia con la que podrá renegociarse. El contrato también debiera especificar cuáles son las medidas con las que cuenta el Estado para acudir a la reestructuración contractual, tales como la extensión del plazo, la modificación del programa de inversiones, y otras similares.

Con frecuencia se inicia una renegociación contractual por determinados asuntos, los cuales se extienden a otros temas que no estaban preacordados. Estas situaciones constituyen elementos para posibles casos de corrupción, y generan incentivos para que los inversionistas soliciten constantemente renegociaciones, con la finalidad de verse beneficiados periódicamente. La sugerencia consiste en que los contratos de delegaciones contemplen lineamientos claros para las renegociaciones, en los términos planteados en este apartado.

⁸⁸ Antonio Estuche-Ginés de Rus, WBI, Ob. Cit, pg. 271.

7.4 Beneficios que la coparticipación ha generado internacionalmente

7.4.1 La situación vial en Chile, Colombia y Perú⁸⁹

Desde el punto de vista geográfico, Chile, Colombia y Perú son países medianos en el contexto latinoamericano, cuyas realidades de caminos y carreteras se pasarán a analizar de manera comparativa a continuación. Las redes viales de los indicados países superan los setenta mil kilómetros a nivel nacional. En el inicio de los años noventa el panorama de la infraestructura vial en estos países era desolador: cada red estaba escasamente pavimentada y con serios problemas de mantenimiento. En el caso de los caminos que sí lo estaban, la mayor parte exhibía un fuerte deterioro como consecuencia de la escasa inversión fiscal en infraestructura vial en los decenios precedentes. Determinados datos puntuales, no comparables entre sí, expresan el importante déficit vial que se había generado en consecuencia. En Colombia, la inversión promedio con anterioridad a esta fecha era cercana al 0,7% del PIB, frente a una inversión estimada deseable del 2% ó 3% del producto. En Chile, la red vial pavimentada se incrementó en 32% entre 1974 y 1989, mientras que la flota de vehículos lo hizo en 150% durante el mismo periodo, estimándose los déficits de infraestructura vial en 4.250 millones de dólares y en 2.000 millones de dólares para vialidad interurbana y urbana, respectivamente. En Perú, a la misma fecha, sólo el 8% del sistema vial del país estaba en buen estado, mientras que el 16% se encontraba en un estado regular y el resto en mal estado, lo que dificultaba enormemente la actividad económica del país.

Los tres países iniciaron en la década de los años noventa programas de mejoramiento vial con la finalidad de estructurar una red caminera que permitiera satisfacer adecuadamente las necesidades de transporte. Para tal efecto, los programas de mejoramiento vial incluyeron mecanismos concebidos para lograr la incorporación de capitales privados mediante contratos de concesión de obra pública, financiados por empresas nacionales o extranjeras que recuperarían su inversión a través de garantías del Estado, subsidios y peajes. Sin embargo, los resultados han sido desiguales.

En Perú, el gobierno implementó en septiembre de 1990 un Plan de Emergencia Vial destinado a rehabilitar las principales carreteras de la red vial nacional y recuperar niveles mínimos de transitabilidad. En febrero de 1992, se suscribió el primer contrato entre el gobierno peruano y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) que se destinó, principalmente, a la rehabilitación de la Carretera Panameri-

⁸⁹ "Políticas de concesiones, análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú", Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES) Proyecto ILPES/CAF "Marco Regulatorio, privatización y modernización del Estado", CEPAL serie Gestión Pública, publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, enero de 2002.

cana. En agosto del mismo año se iniciaron las obras de rehabilitación que culminaron en julio de 1995. Para continuar con la política vial, el Ministerio de Transportes, Comunicaciones Vivienda y Construcción diseñó el Plan de Desarrollo de la Infraestructura Vial para el período 1996-2005, siendo sus objetivos: asfaltar el 70% de la Red Vial Nacional (11.500 km.); asfaltar el 25% de la Red Vial Departamental (3.500 km.) y afirmar el 100% de las carreteras de los caminos rurales. En Colombia, durante el gobierno del Presidente Gaviria, se dio inicio en 1992 al programa de concesiones viales, como complemento del Plan Vial de Apertura. Esto constituyó un gran paso adelante en la construcción de infraestructura en este país que, hasta entonces, se sustentaba únicamente en los tradicionales proyectos financiados por el Estado. Con este propósito se creó el Fondo Vial Nacional hoy Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y la Oficina Asesora para la Administración y Manejo del Programa. A la luz de esta primera experiencia, se establecieron las ventajas del sistema y se identificaron los primeros proyectos susceptibles de ser licitados y ejecutados mediante esta fórmula. En Chile, a partir de 1991 se inició un ambicioso programa de concesiones viales que permitió la rehabilitación y mejoramiento de las principales redes viales del país, especialmente la Ruta 5 (desde La Serena a Puerto Montt), y algunas rutas que conectan importantes centros urbanos (Concepción, Valparaíso y Viña) con la Ruta 5, o con la capital del país, Santiago.

Los objetivos con los que se incorporan o pretenden incorporar capitales privados a los caminos son parecidos en los tres países. En general, se habla de mejorar las condiciones de financiamiento de la actividad vial, asumiéndose que el financiamiento que proviene del sector público para estos efectos es insuficiente. De esta forma, se pretende ahorrar recursos para invertirlos en otras áreas de infraestructura o en otras necesidades sociales de escasa rentabilidad privada, mejorar la eficiencia en la gestión y producción de infraestructura pública, generar niveles de servicio por los cuales los usuarios estén dispuestos a pagar, obtener beneficios de la competencia; regular la calidad de las vías, reducir los niveles de accidentes, descentralizar y desconcentrar las decisiones que afecten al mantenimiento vial, entre otros objetivos. En todos los casos, las concesiones se articulan a través de contratos con empresas privadas, precedidos de licitaciones públicas en las que existe competencia y caracterizados porque la empresa privada realiza la inversión que es financiada por ella misma, con niveles de endeudamiento nacional o internacional. Esta inversión se recupera durante el período de explotación del contrato, a través de las tarifas cobradas a los usuarios, reguladas en el contrato y, en algunos casos, mediante subvenciones del Estado o garantías.

7.4.2 Marco regulatorio para las delegaciones en Chile, Colombia y Perú⁹⁰

La preocupación por la institucionalidad y regulación de las delegaciones ha sido dispareja en los tres países analizados y no ha tenido demasiada relación con el éxito del sistema. En efecto, el país que más esfuerzos institucionales ha efectuado en esta materia, Perú, ha sido el país que menos éxito ha tenido en implementar el sistema de coparticipaciones.

Los tres países en mención aprobaron en los años noventa una legislación para regular estas materias, que se ha perfeccionado a través del tiempo. Chile promulgó su ley de concesiones en 1991 y la modificó en 1993 y en 1995, con el objetivo de proteger mejor a los acreedores del concesionario. El marco jurídico es calificado como flexible permite concesionar cualquier obra pública y transparente, en lo que se refiere específicamente al proceso de adjudicación. Además de la ley de concesiones, algunas otras modificaciones introducidas a las leyes chilenas han contribuido al éxito del sistema, tales como la modificación de la ley general de bancos, la modificación de la legislación sobre fondos de inversiones y del mercado de capitales. En Perú, el régimen jurídico se inició en 1991 con un decreto legislativo que promovía la inversión privada en obras públicas de infraestructura, que fue modificado en 1996. En Colombia, el Estatuto de la Contratación Pública de 1993, la ley de Transporte de la misma fecha y la Ley de Endeudamiento de 1995 constituyen el marco normativo de las concesiones.

Chile no ha modificado su legislación para establecer una institucionalidad propia de las concesiones. La ley orgánica que regula al Ministerio de Obras Públicas prevé la existencia de unidades funcionales para fines específicos. Bajo su amparo se creó una unidad funcional, la Coordinación General de Concesiones, que estudia las posibles licitaciones, prepara las adjudicaciones de los contratos y fiscaliza su cumplimiento, apoyándose en la institucionalidad orgánica del Ministerio.

En Colombia, con el fin de orientar y coordinar las políticas de participación del sector privado, en mayo de 1995 se creó el Comité Interinstitucional de Participación Privada en Infraestructura, en el que participan el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Medio Ambiente, el Director del Departamento Nacional de Planeación y los ministros responsables de las diferentes áreas de inversión en infraestructura física. A la fecha, este comité ha definido varios aspectos de naturaleza regulatoria, institucional, financiera y de asignación de riesgos. También interviene el Departamento Nacional de Planeación y el Consejo Nacio-

⁹⁰ CEPAL, ob. citada.

nal de Planificación Económica y Social, que diseña la política general de infraestructura. Asimismo, en octubre del mismo año, se creó la Gerencia del Programa de Participación Privada en Infraestructura Física para promocionar y hacer el seguimiento de los diferentes proyectos.

Perú, por el contrario, ha diseñado una institucionalidad especial. La promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos que pueden ser otorgados en concesión al sector privado es la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), que sustituyó a la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (PROMCEPRI). Para cumplir sus fines, la COPRI ejerce sus funciones en colaboración con Comités Especiales que dependen directamente de la Comisión. Esta colaboración se articula a través de la Dirección Ejecutiva de la entidad, que es el órgano encargado de coordinar e impulsar la ejecución de los acuerdos. El control sobre el cumplimiento del contrato de concesión en materia de obras públicas de infraestructura es desempeñado indirectamente por el Estado a través de entes descentralizados. En materia de obras públicas de infraestructura nacional de transporte público, el ente regulador es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN). La misión del OSITRAN es la de regular el comportamiento de los mercados en que actúan las entidades prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura nacional de transporte de uso público.

Las facultades del OSITRAN son de tipo regulatorio y normativo, fiscalizador y de resolución de controversias. Entre las primeras le corresponde dictar reglamentos autónomos y otras normas referidas a tarifas, peajes y cobros, y establecer reglas claras para su aplicación, revisión y modificación cuando corresponda; asimismo, puede dictar normas generales sobre coordinación de las relaciones entre distintas entidades prestadoras y otros agentes vinculados a la actividad, directivas procesales para la atención de reclamos de los usuarios y sobre intereses, obligaciones o derechos de las entidades prestadoras o de los usuarios. La facultad de fiscalización consiste en la verificación del cumplimiento, por parte de los concesionarios, de las normas que regulan la ejecución y explotación de las obras de infraestructura y por consiguiente, la administración, fiscalización y supervisión de los contratos de concesión; asimismo, le corresponde velar por el cumplimiento de las normas sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública de transporte, con excepción de aquellos aspectos que por ley corresponden al ámbito de responsabilidad de otras autoridades y adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o le han sido delegadas. Por último, la facultad de resolver controversias comprende la

posibilidad de conciliar intereses contrapuestos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; de este modo, el tribunal de OSITRAN es el encargado de resolver las controversias que se susciten entre las entidades prestadoras y los usuarios, y actúa como institución organizadora de los arbitrajes que deban resolver las controversias entre los operadores, empresas prestadoras, de éstos entre sí, y las de carácter patrimonial que pudieran surgir entre el Estado y los concesionarios.

Uno de los temas más relevantes que se plantean en las concesiones es el tratamiento del riesgo, en particular lo relativo a la titularidad del mismo (quién lo asume), y al costo que puede representar para el Estado. En ninguna de las legislaciones revisadas se desconoce que las concesiones constituyen operaciones comerciales que conllevan un cierto grado de riesgo para los inversionistas privados, del mismo modo que cualquier otra actividad económica que se lleve a cabo en una economía de mercado. Entre los compromisos más recurrentes, los más importantes establecidos por las tres legislaciones consisten en la posibilidad de que el Estado realice subsidios directos e ingresos mínimos que aseguren una determinada demanda o una determinada rentabilidad. La forma de determinación de este tipo de garantía depende de cada tipo de contrato y en general se establece directamente sobre los ingresos del concesionario o sobre la demanda del proyecto. Por otra parte, el Estado puede asumir también ciertos riesgos de construcción por sobrecostos en caso de túneles (por ejemplo, en Colombia y Chile), o por problemas ambientales, de expropiaciones o de entrega a tiempo de los terrenos, entre otros factores.

Puesto que el concesionario no es el agente económico que financia el proyecto en su totalidad, necesitando créditos y recursos adicionales provistos por otros privados, los contratos y la legislación de concesiones tienen en general una preocupación especial por el tema del financiamiento de los proyectos. En primer lugar, puede establecerse o no un mínimo de capital propio que se exija a la sociedad concesionaria. Chile lo exige, pero Colombia no. En cualquier caso, la envergadura de los proyectos requerirá recurrir a terceros para financiar la ejecución de cada proyecto. La dificultad financiera que usualmente exhibe este tipo de proyectos se origina en el hecho de que la infraestructura que se construye siempre es pública, es decir, pasa a dominio público conforme se va construyendo, por lo que la única garantía que tiene el concesionario para su relación con terceros es el contrato mismo. Las garantías de ingreso mínimo tienen esta finalidad, pero existen otros mecanismos tales como la prenda especial de concesión de obra pública en Chile o la hipoteca en Perú y las denominadas garantías de riesgo parcial en Colombia.

Chile ha introducido recientemente coberturas de riesgo por tipo de cambio con la finalidad de asegurar las deudas de las concesionarias en monedas distintas a la local. Desde la perspectiva de la política pública, debe ponerse especial cuidado en proteger el equilibrio fiscal en las finanzas públicas. De esta manera, aunque el Estado se haga cargo de determinados riesgos de los concesionarios o del pago de ciertas subvenciones, esto no debe comprometer el futuro de las finanzas fiscales, lo que perjudicaría en el largo plazo el proceso de desarrollo económico y la ejecución de nuevos proyectos concesionados.

7.4.3 Resultados comparativos de las coparticipaciones y conclusiones

No cabe duda que el sistema de coparticipaciones público privadas ha permitido realizar, en aquellos países de América Latina que lo han aplicado, importantes inversiones en infraestructura con poco riesgo fiscal y un mínimo de recursos públicos. El elemento clave de la política diseñada para hacer frente al enorme déficit de infraestructura y a la carencia de recursos financieros que el Estado requería para su solución lo constituyen la incorporación de capitales privados al desarrollo y explotación de las actividades de infraestructura, y el pago de tarifas por los usuarios en relación con el uso de las obras de infraestructura de mayor importancia relativa. Además de las ventajas fiscales, el sistema introduce una mayor equidad en el uso de los recursos públicos y de la infraestructura al ser los usuarios los que pagan por su utilización, pudiendo el Estado destinar sus recursos a otros sectores de mayor rentabilidad social.

De los tres casos nacionales analizados (Chile, Perú y Colombia), el más exitoso parece ser el caso chileno. Perú, a pesar de los esfuerzos desplegados, no logró adjudicar proyectos de concesión antes de mediados del año 2000 y, probablemente, la inestabilidad política que vivió este país en ese año y en parte del siguiente contribuyó fuertemente a que este objetivo no se concretara. Por su parte, Colombia, a pesar de haber adjudicado varios de sus proyectos, ha encontrado grandes dificultades por los pagos que el Fisco comprometió en los contratos suscritos. Con todo, el sistema chileno también ha debido afrontar importantes dificultades, que se relacionan principalmente con algunos retrasos en la ejecución de las obras, inversiones adicionales que ha sido necesario incorporar a los contratos y situaciones críticas derivadas de las dificultades financieras de algunas empresas promotoras de las concesionarias.

Sin embargo, el análisis de las experiencias chilenas permite señalar algunos factores que pueden ser claves en el éxito de un programa de este tipo⁹¹:

⁹¹ CEPAL, ob. citada.

- En primer lugar, la estabilidad política, económica y normativa del país es un importante requisito para atraer capitales extranjeros a la actividad. En este sentido, al tener Chile una de las mejores clasificaciones de riesgo internacional entre los países de la región, ejerce una fuerte atracción sobre los capitales extranjeros. En septiembre de 2001, en el marco de un contexto internacional especialmente difícil, una importante concesionaria no tuvo dificultades para colocar una emisión de bonos en el mercado latinoamericano. Por otra parte, el respaldo político de la estrategia, provisto por todos los sectores de opinión ciudadana, es también una condición fundamental para generar estabilidad y confianza entre los inversionistas potenciales. Los marcos normativos, tanto el que regula los contratos de concesión como el que reglamenta a la inversión extranjera y a la banca, son también de gran importancia. Este tipo de estabilidad incide fuertemente en la confianza entre los actores involucrados, que resulta muy importante para el éxito del proceso en su conjunto. La confianza en el sector público por parte de los inversionistas y eventuales delegatarios, en particular, sobre la capacidad, la idoneidad y la rectitud de las autoridades económicas, de obras públicas y de los organismos reguladores, le permite estimar a los agentes privados que existen estudios y análisis de calidad, por lo que no debieran esperarse grandes sorpresas en el costo de las inversiones a realizar, que las obras se podrán ejecutar en los tiempos estipulados y con los niveles de servicio exigidos. Esta misma confianza permite asumir que las condiciones contractuales serán respetadas, que los compromisos asumidos por el Estado serán cumplidos, y si se produjeran modificaciones que impliquen perjuicios al delegatario, éste será debidamente indemnizado.

La existencia de estas condiciones es básica y necesaria para encaminarse al éxito de un proceso de coparticipación público privada, pero perderá fuerza si no se realiza una integración de las tareas de promoción del proyecto desde el inicio de los proyectos, con miras a lograr la participación y competencia entre el mayor número de inversionistas posibles, de probada capacidad económica y técnica que permitan asegurar las mejores condiciones económicas para el Estado.

- Un segundo factor importante es la calidad técnica de los estudios preparatorios. Para que un proyecto sea atractivo para el sector privado, no sólo debe garantizar un determinado nivel de rentabilidad, sino que además debe tener resueltos los principales problemas técnicos que su ejecución involucra, sean estos ambientales, territoriales, geológicos, de tráfico, constructivos o de las otras ramas de la ingeniería. En este sentido, los problemas que se analizan en Colombia, sobre todo en el primer grupo de conce-

siones que fueron llamadas a licitación sin suficientes estudios de tráfico, ingeniería o sin la seguridad de que los terrenos pudieran estar disponibles a tiempo para la realización de la obra, impidieron a los oferentes poder realizar una evaluación adecuada de costos y riesgos, lo que redundó en mayores costos del proyecto y perjuicios para los usuarios, deteriorando la confianza y la credibilidad en el sistema de concesiones y del Estado. La entidad licitante, por consiguiente, debe planificar y analizar muy bien los proyectos antes de llamar a licitación, apoyándose en empresas de reconocido prestigio a nivel mundial, de modo de reducir al máximo los imprevistos. En este sentido, los temas ambientales, que cada vez gozan de mayor importancia en nuestros países y que pueden implicar mayores costos en la edificación de las obras, tienen que ser resueltos antes de la licitación para evitar que los riesgos del proyecto aumenten considerablemente.

- Un tercer elemento relevante es la preocupación por el contexto territorial y la participación de los ciudadanos en el ámbito de las decisiones que afectan al proyecto. Los problemas técnicos pueden resolverse fácilmente con los avances de la ingeniería, sin embargo, los problemas de la comunidad son más difícilmente abordables. Normalmente, la población y la actividad económica se concentran donde hay infraestructura y los nuevos proyectos pueden modificar las condiciones de las actividades económicas y de la población, razón que obliga a una ejecución debidamente planificada. Para que el proyecto sea exitoso es necesario involucrar a la población en la localización de actividades, uso del suelo, conectividad entre los centros poblados, impactos socioeconómicos, impactos ambientales y desarrollo territorial. La participación activa de la comunidad en las diferentes fases del proyecto, desde la etapa conceptual y generación de alternativas hasta la etapa de diseños, disminuirá el riesgo de rechazo del proyecto por parte de la comunidad.
- Por último, es necesario que la población admita el concepto y los niveles tarifarios que se establezcan para las facilidades públicas delegadas, o dicho de otra manera, que éste sea aceptado como un instrumento legítimo por parte de la ciudadanía.

Aunque este proceso responde a objetivos de equidad en la asignación y distribución de los recursos públicos, la fijación de tarifas y sus montos no siempre es fácil de imponer si no existe una tradición al respecto o su legitimación a los ojos de la opinión pública. Por otra parte, la existencia de obras públicas o servicios alternativos libres de tarifas, puede perjudicar el proyecto.

En cuanto a los requerimientos de garantías estatales que pueden exigir los inversionistas para participar en proyectos de delegaciones, cuando se trata de países desarrollados, no se necesita generalmente otorgar garantías gubernamentales para sus proyectos, ya que los riesgos económicos y políticos resultan satisfactorios para los inversionistas del proyecto y sus financistas. Esta situación positiva no es exclusiva de los países desarrollados, ya que otros en vías de desarrollo, tales como Argentina en la industria de la generación de energía, y Chile, en las industrias de las telecomunicaciones, energía y gas, han alcanzado un clima económico y político que facilita el desarrollo de infraestructuras vía delegaciones al sector privado sin necesidad de garantías gubernamentales sobre los rendimientos del proyecto.

A manera de ejemplo, podemos citar las privatizaciones llevadas a cabo en la década de los años ochenta de las siguientes empresas⁹²:

- Chile:

Empresa Nacional de Electricidad S.A. (ENDESA),

Banco de Chile (BCH),

Compañía de Teléfonos de Chile S. A (CTC),

Celulosa Arauco y Constitución S. A. (CAYC),

Compañía de Acero del Pacífico (CAP).

- México:

Ingenios Azucareros,

Compañía Minera de Cananea (CMC),

Teléfonos de México S.A. (TELMEX),

Compañía Mexicana de Aviación (MEXICANA).

⁹² Se refiere a ventas de empresas públicas al sector privado.

- Colombia:
 - Renault de Colombia (SOFASA) ,
 - Banco de los Trabajadores (BT),
 - Recolección de Basuras en Bogotá (RECOL).

- Argentina:
 - YPF (petrolera),
 - Empresas Petroquímicas,
 - ENTEL (telefonía),
 - Aerolíneas Argentinas (AA),
 - Servicios Viales (SV).

Como el objetivo de ilustrar en cifras los beneficios que los diversos mecanismos de coparticipación público privada pueden aportar a los Estados, nos remitimos al anexo 5 de este documento, en el cual constan los siguientes cuadros:

- Compromisos de Inversión en proyectos de transporte con Participación Privada, en países en desarrollo; e,
- Inversión Acumulada en proyectos de transporte con Participación Privada en países en vías de desarrollo, período 1990-2001.

7.5 Beneficios que la coparticipación reportaría a la economía ecuatoriana

7.5.1 Necesidad de las coparticipaciones en nuestro país

El sistema de coparticipaciones ha sido ampliamente aplicado en el mundo entero desde hace más de dos décadas, empleándose en la actualidad también en los países latinoamericanos, esto es, Colombia, Perú, Venezuela, Argentina, Bolivia, Guatemala, Panamá, Costa Rica y Chile.

El Ecuador no se encuentra aislado de esta tendencia de la economía en relación con la gestión pública, más bien podría considerarse que nos encontramos a la zaga de los procesos de modernización pública y coparticipación público privada en la región. Sin embargo de ello, como toda situación reviste alguna fortaleza, también puede señalarse que para el Ecuador, el hecho de ser uno de los países que más recientemente está llevando a cabo licitaciones de delegaciones al sector pri-

vado de facilidades y servicios públicos, reviste la ventaja del aprendizaje de los procesos que se han implementado en otros países, con el conocimiento previo de sus aciertos y errores. Por ello, la incursión del Ecuador en el mundo de las coparticipaciones, se da dentro de un ambiente con mayor experiencia y madurez, tanto del Estado en sus políticas, como de los inversionistas en sus requerimientos y metas, lo cual evidentemente implica que los procesos tendrán mayores posibilidades de resultar exitosos.

Si a ello se suma la evidente deficiencia en la calidad de los servicios públicos prestados directamente por el Estado, a consecuencia de infraestructuras deterioradas y falta de mantenimiento e inversión periódica, resulta evidente que el camino a seguirse consistiría en incorporar la inversión y operación privada altamente profesional, a la prestación de dichos servicios públicos. La ventaja adicional de esta definición residiría en la liberación de recursos económicos y estructura administrativa para el Estado, pudiendo éste dirigirlos hacia los sectores sociales desatendidos hasta hoy por limitaciones presupuestarias u organizacionales.

7.5.2 Beneficios de las coparticipaciones

Las coparticipaciones de manera general, proporcionan los siguientes beneficios:

- *Para el Estado:* Ve liberados recursos que antes tenía comprometidos para el manejo de las empresas prestadoras de servicios públicos que estaban a su cargo. Estos dineros podrán reasignarse para la atención de los sectores que tradicionalmente se han encontrado menos favorecidos: salud, educación, prevención social y otras similares, que por sus características no resultan atractivos para inversionistas privados o que por su alta sensibilidad necesitan de una intervención directa del Estado. Por otro lado, reconociendo mayor eficiencia y creatividad en el sector privado, como así también mayor flexibilidad y oportunidad en la toma de decisiones, el Estado también se verá beneficiado por una mejor gestión e inversión en los servicios públicos, generando bienestar a la comunidad. Adicionalmente, el Estado se verá liberado de la carga administrativa y económica de los ingentes recursos humanos que demanda la administración pública directa. El Estado también evoluciona en estas áreas como ente regulador y de control, requiriendo dotaciones mínimas para ejercer esta labor, que en principio debieran ser financiadas por el mismo sistema de los proyectos de participación privada a través de cánones u otros mecanismos. Finalmente como mayor beneficio para el Estado se tenderá a mejorar la competitividad, tratada en mayor detalle más adelante. En general la competitividad

de un Estado se fundamenta en la adecuada gestión de sus servicios e instituciones, y en el bienestar de sus ciudadanos a base de la adecuada satisfacción de sus necesidades: ambos cometidos son precisamente aquellos que las coparticipaciones están orientadas a satisfacer.

- *Para los usuarios:* La calidad de los servicios recibidos deberá mejorar, y, considerando un adecuado control por parte del Estado, las tarifas debieran guardar proporcionalidad con la calidad del servicio recibido. Adicionalmente, el servicio será más ágil, continuo y uniforme en sus características, lo cual implica mejores condiciones para los usuarios individuales y particularmente para los usuarios comerciales, que regularmente ven afectado su rendimiento y competitividad por la deficiente prestación de servicios públicos básicos. Con estas premisas, para los usuarios comerciales los costos de operación, obtención de seguros, mantenimiento de equipos e instalaciones, tiempo de producción y/o gestión comercial, se reducirán, redundando en mayores ingresos.
- *Para el inversionista:* A base de una adecuada gestión, obtendrá una rentabilidad atractiva, que será generalmente superior a la que generaría la inversión en productos financieros en países desarrollados e incluso en vías de desarrollo, y también en otros proyectos comerciales de índole privada. Adicionalmente contará con una contraparte que asumirá ciertos riesgos importantes del proyecto, y, con la cual podrá negociar ajustes y modificaciones a sus compromisos, situación muy favorable que no ocurre en proyectos netamente de carácter privado.
- *Mercado laboral:* La implementación de nuevas empresas delegatarias, requiere de la contratación de muchas plazas laborales, a las cuales se proveerá de capacitación y especialización a niveles que jamás se accedería dentro del sector público. Con respecto a la fuerza laboral que quedaría cesante al iniciarse una coparticipación, suele incorporarse como compromiso del delegatario la implementación de proyectos de beneficio social, que generalmente se orientan a la capacitación de los funcionarios cesantes para otras actividades, o bien en la dotación de servicios de asistencia social o comunal de la cual se beneficien directamente dichos ex-empleados.
- *Para toda la comunidad:* Es ampliamente conocido que la generación de recursos y el manejo eficiente de las empresas, reviste beneficios conexos que no solamente llegan a quienes se encuentran directamente ligados con el negocio en particular, sino también a terceros. Un proceso de asociación público privada bien llevado genera un incremento en la actividad económica, por lo tanto el país o región será más rica, y, al haber más riqueza habrá mayor bienestar. Trataremos casos puntuales de beneficios a la comunidad:

En el caso específico de las delegaciones de carreteras, los beneficios a la comunidad serían: menor consumo de combustible, menor gasto en mantenimiento, menor costo social por tiempos de desplazamientos, menos accidentes. Otros beneficios serían la plusvalía de los terrenos en torno a los caminos nuevos o mejorados, aumento del turismo, incremento de la actividad económica en las localidades que conecta la carretera.

Si se trata de represas se garantiza el riego por tanto habrá más hectáreas cultivables, y por ende más actividad económica y empleo.

En un aeropuerto, habrá más viajes porque se ofrecerán mejores condiciones y facilidades, los vuelos que no podían llegar directamente podrán hacerlo, con lo cual aumentará el turismo, el comercio exterior de la localidad y del país.

7.5.3 Recomendaciones para la implementación de coparticipaciones público privadas en el Ecuador

La propuesta que se presenta en este estudio va orientada a que el Estado Ecuatoriano resuelva y lleve a cabo, en los diferentes sectores de servicios públicos: energía, agua potable, telefonía, facilidades portuarias, aeroportuarias y viales, transporte público, y otros que resulten atractivos para la inversión privada, mecanismos de coparticipación público privada adecuadamente diseñados para cada caso particular. Nos acompaña la experiencia previa de muchos años en la región, las favorables condiciones de rentabilidad que ofrece la economía de nuestro país, y, nos debe impulsar la necesidad de ofrecer a los ciudadanos servicios de calidad satisfactoria, que a su vez lleven a la reducción de los costos de producción y por ende de los precios de los productos.

Planteamos de manera enérgica que el objetivo de las coparticipaciones no debe tener carácter fiscalista o de generación de recursos para el Estado como variable de adjudicación. Esta práctica ha resultado negativa en otros países, y distorsiona lo que debe ser el objetivo de una coparticipación: la optimización de los servicios y sus tarifas para los usuarios. En la experiencia regional, las primas obtenidas en las licitaciones de servicios y obras públicas han sido mal asignadas a otras entidades o fondos, sus beneficios jamás se sintieron por la ciudadanía y lo único que han logrado es encarecer el servicio. Los recursos que se obtengan de una delegación deben invertirse por parte del Estado en ella misma, de manera que sus usuarios puedan acceder directamente a los beneficios, disminuyendo así los niveles de oposición específica, al estar a la vista dichos beneficios. En general debe tenerse en cuenta que la mayor exigencia de pagos líquidos al inversionista al principio de la delegación, implicará directamente la elevación de las tarifas al

usuario, ya que ningún empresario entregará dinero sin crear paralelamente mecanismos para recuperarlo con creces. Es por ello que las cargas financieras al inversionista son en breve plazo, cargas financieras para el usuario.

Estimamos que el Ecuador se encuentra en un momento en el cual requiere pasar ya del modelo de Estado-gestor, a Estado-supervisor, en todos aquellos sectores de servicios públicos que resultan atractivos a la inversión privada; deben abandonarse ya los conceptos de las áreas estratégicas propios de los años setenta, y evolucionarse al punto en el cual las verdaderas áreas estratégicas del Estado son aquellas que los ciudadanos de menos recursos demandan desesperadamente y que por ende no pueden delegarse: salud, educación, seguridad. Los demás servicios pueden y deben ser prestados con la calidad que todo ciudadano que paga por él merece recibir, esto es, una óptima calidad.

La adecuada implementación de proyectos de coparticipación generará un crecimiento en la economía del país y en su competitividad, con el cual vendrá aparejado el desarrollo turístico, la elevación de los niveles de empleo, el repunte de la economía, la generación de una balanza comercial favorable, el aumento de la capacitación profesional de los ciudadanos, la mejoría en la seguridad pública, y en definitiva, el acceso a mejores condiciones de vida para los ecuatorianos.

Concluimos este trabajo presentando las recomendaciones que estimamos más relevantes para implementar con éxito procesos de coparticipación público privada en el Ecuador:

1. Respaldo político a los procesos de asociación

Una asociación público privada solamente puede resultar exitosa si existe la decisión política, a los más altos niveles, para implementarla. La experiencia arroja la imperiosa exigencia de un compromiso nacional para viabilizar una asociación público privada a través del tiempo. Es de suma importancia tener presente este principio esencial. El gobierno impulsor de la iniciativa deberá comprometer a todos los actores de turno para su implementación y ser capaz de generar las condiciones para que el proyecto evolucione desde una política de Estado hacia un negocio atractivo para sus socios, permaneciendo los principios inspiradores en el tiempo.⁹³

Los funcionarios públicos que ostenten el mayor poder político deben estar comprometidos con el proceso de coparticipación, jugando un rol crítico en minimizar las percepciones colectivas erróneas referentes a la importancia y la valía de

⁹³ Carlos Cruz Lorenzen, ob. Citada, capítulo 3.

los proyectos de participación público privada, y, debiendo convencer a los ciudadanos de que estos mecanismos de coparticipación constituyen en realidad una política de estado.

El compromiso de las autoridades es decisivo para que el cambio sea creíble. En los países en vías de desarrollo, sobre todo, es normal un fuerte componente personalista en los gobiernos. La credibilidad de un proceso político-económico se convierte así en las de las personas que lo impulsan. Su compromiso debe ser inequívoco, apoyado con hechos y sostenido en el tiempo, lo que es extensible a sociedades más institucionalizadas y a la conducta que los partidos políticos muestran en ellas.

El soporte político a los procesos de asociación público privada debe encontrarse adecuadamente sustentado por entidades reguladoras y cuerpos jurídicos que lo afiancen.

2. Transparencia en la ejecución del proceso

Un requerimiento fundamental para el éxito de estos procesos constituye la transparencia con la que deben llevarse a cabo, lo cual proporciona confianza tanto al sector público como a los participantes y a la comunidad. En este punto, es preciso destacar varios elementos cruciales:

- a) ***La intervención de diversos agentes públicos:*** La intervención de las distintas autoridades controladoras y veedoras en la licitación de un proyecto de coparticipación, genera garantías adicionales de transparencia para los licitantes y para el público en general.
- b) ***Transparencia de los elementos de la licitación:*** Los factores que determinen la selección del adjudicatario deben ser lo más objetivos posibles, y la evaluación que se realice de las ofertas debe ser clara y en lo posible evidenciar resultados fácilmente comprobables e inmediatos, evitando fórmulas de cálculo complejas que generen dudas.

Debe asegurarse que el mecanismo de licitación y adjudicación sea absolutamente transparente, para lo cual se recomienda que la licitación se realice por convocatoria pública, que se lleve a cabo un acto solemne y público donde se proceda a la apertura de las mismas, y que en ese mismo acto de apertura de las ofertas económicas, se seleccione al adjudicatario, sin perjuicio de procedimientos formales posteriores.

Por estas consideraciones no recomendamos procesos de licitación en los cuales no exista una estricta calificación previa de la experiencia técnica de los participantes, ni procesos privados, ni adjudicaciones directas sin licitación. Ello desdice de la transparencia y limita la competencia de ofertas, con los consiguientes beneficios que ésta genera para la colectividad.

Por último, la transparencia del proceso tiene que verse reflejada en la suscripción del contrato, el cual no debe sufrir variaciones ni cambios que alteren su tenor original. Esta situación, habida cuenta que existe un proceso de intercambio de opiniones y sugerencias entre el delegante y los interesados, previo al inicio de la licitación, con lo cual debe entenderse que al presentar su oferta, todos los participantes están plenamente conformes con toda la documentación del proceso incluido el contrato. La negociación del contrato una vez adjudicado, es un procedimiento común en la contratación pública, no así en los procesos de delegaciones, ya que el objetivo es exactamente el contrario: en la contratación pública se paga para la realización de un trabajo, por ende la negociación va dirigida a obtener rebajas de costos por parte del adjudicatario; mientras que en las delegaciones será el adjudicatario el que invertirá su dinero, a su propio riesgo, en beneficio del Estado y sus ciudadanos, por lo tanto no caben negociaciones contractuales posteriores al momento de la adjudicación, ya que éstas más bien podrían implicar una reducción de los compromisos del adjudicatario, en perjuicio de los intereses públicos.

El control que el delegante realice sobre la gestión del privado deberá ceñirse a los términos contractuales, evitando la imposición de exigencias o sanciones arbitrarias o no tipificadas. Los actos de discrecionalidad por parte del Estado perjudican tremendamente la credibilidad de las coparticipaciones, bien provengan del propio delegante como de otras instituciones públicas. Si fuere necesario en función del interés público tomar medidas o exigencias que afecten al delegatario, debe compensárselo de manera absolutamente justa.

3. La acertada selección y estructuración de los proyectos

La selección de los proyectos de asociación que se licitarán debe realizarse con absoluta cautela, basando la decisión en la calidad y sustentabilidad de éstos a través del tiempo.

Debe considerarse que el elemento fundamental que atraerá inversionistas interesados es la rentabilidad que revista un proyecto, sin que el Estado deba por ello perder de vista su impacto social.

Cada proyecto debe estructurarse con sumo cuidado, contando con el apoyo de expertos sectoriales objetivos, y en la forma de un contrato extenso y de mucho detalle, que deberá ser sumamente claro en las condiciones jurídicas y financieras de la negociación.

Los proyectos de asociación que se liciten deben reflejar alta calidad. Los estudios que soporten el proyecto deben reunir análisis profundos de la demanda, la calidad del negocio, la línea base ambiental, la percepción de la comunidad sobre el proyecto y el impacto territorial del mismo, así como evaluaciones financieras y económicas debidamente sustentadas. Este método de estructurar los proyectos presenta muchas ventajas también para el sector privado porque le permite realizar una evaluación adecuada de costos y riesgos, lo que redundará en menor costo del proyecto y mayores beneficios para los usuarios. El sistema facilita además que los licitantes que no resulten adjudicatarios, incurran en escasos costos para presentar sus ofertas, al no requerir estudios propios para estos efectos.⁹⁴

El adecuado balance en la estructuración de los compromisos y beneficios tanto para del Estado como del particular, así como la sostenibilidad a largo plazo del negocio delegado, constituyen elementos críticos para el éxito del mismo.

4. Adecuada difusión previa de los proyectos

Corresponderá tanto a las propias entidades públicas responsables de la implementación del proyecto, como a los políticos más representativos que lo respalden, realizar promoción pública del proceso en dos vertientes distintas: a) *La interna*: que perseguirá generar las condiciones que limiten o reduzcan las resistencias de sectores de oposición (políticos, económicos, laborales, etc.) así como disuadir a los agentes aliados para que se sumen a las filas de promoción y apoyo al proyecto; y, b) *La externa*: que buscará la difusión del proyecto con miras a atraer la mayor cantidad de inversionistas, operadores y financistas, lo cual debe realizarse como una promoción conjunta país-proyecto.

La difusión pública del proceso deberá reunir los elementos precisos para mitigar errores de percepción, y debe enfocarse de manera abierta y directa a todos los agentes que se relacionen con el proceso, orientando a la prensa en el sentido real de los alcances del proyecto.

Sugerimos que a nivel de Estado ecuatoriano se genere una estrategia de país para la promoción previa de los proyectos de asociaciones, de manera que todos

⁹⁴ Carlos Cruz Lorenzen, ob. Citada, capítulo 3.

los proyectos se difundan conjuntamente en los foros de inversionistas internacionales, aprovechando las visitas oficiales que realizan funcionarios públicos a otros países. Esta recomendación se presenta sin perjuicio de reconocerse que adicionalmente es necesaria la difusión individual de cada proyecto, ante grupos y segmentos focalizados de inversionistas.

En este contexto cabe también plantear que la difusión de los proyectos de participación no debe tener carácter netamente informativo, sino que debe estar orientada a recabar del mercado de inversionistas e interesados en general, sus sugerencias, planteamientos y requerimientos, para el diseño de los documentos licitatorios y la estructuración final del negocio. En otras palabras, se recomienda realizar sesiones de trabajo conjunto con los interesados, quienes por su experiencia pueden brindar grandes aportes a la estructura del proyecto; por lo tanto, la promoción de los proyectos debiera realizarse con documentos licitatorios y delineaciones del negocio que tengan carácter preliminar, los cuales se irán modificando de conformidad con los requerimientos del mercado inversionista que el Estado considere convenientes. Estas sesiones de trabajo conjunto se conocen internacionalmente como: expresiones de interés, expresiones de pareceres, data room, entre otras denominaciones.

Evidentemente para viabilizar el trabajo con interesados que realmente puedan aportar a las definiciones importantes del proyecto, debe realizarse una precalificación de los participantes, y solamente quienes hayan sido seleccionados debieran acceder a las negociaciones.

Una ventaja fundamental del mecanismo de difusión y negociación previa de los proyectos, consiste en que se va a conocer de antemano la receptividad del mercado y sus requerimientos para participar en éstos; de tal manera que el Estado puede oportunamente tomar resoluciones estratégico sobre esas licitaciones, esto es, ajustar sus términos, acelerar el proceso, o desistir de éste en caso de no existir interés. En definitiva, se trata de una herramienta de pulso previo directamente al sector de potenciales interesados, con cuyo insumo se evitan licitaciones desiertas o fracasadas por falta de participantes.

5. Cuidadoso diseño de los contratos

Sobre este tema, nuestra propuesta se orienta a que el diseño de los documentos licitatorios de las coparticipaciones, y en particular de los contratos, se estructure con el mayor profesionalismo y soporte técnico, jurídico y financiero, describiendo claramente las obligaciones y derechos de ambas partes, previendo la mayor cantidad de contingencias y eventos que pudieren surgir con sus respectivas solucio-

nes, y estableciendo un adecuado sistema de distribución de riesgos entre las partes, todo esto, dentro de un adecuado marco de flexibilidad.

Además, deberán contemplar un mecanismo claramente establecido para la solución de controversias, que refleje imparcialidad u objetividad, para aquellos casos que surgieren y no se hubiesen previsto.

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

El diseño del contrato debiera incentivar el correcto desempeño del privado, por sobre la imposición de castigos o penalidades a éste. Cabe precisar que la actuación del Estado debe estar orientada a la eficiente prestación del servicio público, por sobre la imposición de sanciones al privado por las deficiencias en la calidad del servicio o en el cumplimiento de sus compromisos en general, por ello la labor del Estado debe orientarse a la previsión y el control ex-ante, que eviten el incumplimiento del privado a sus obligaciones.

En este contexto, resulta recomendable procurar que el contrato contenga los incentivos que, en cualquier contrato entre particulares, buscan asegurar el correcto funcionamiento de éste a base del beneficio recíproco y no del poder sancionatorio.

De otro lado, las delegaciones modernas se estructuran guardando como premisa que las exigencias al empresario privado deben ser muy altas sobre la actividad principal que se le encomienda, y muy flexibles sobre las actividades comerciales conexas a la principal. La razón consiste en incentivar la generación de líneas de negocios complementarias para el delegatario, los cuales le provean recursos adicionales que podrían servirle para suplir las eventuales desviaciones de sus expectativas financieras respecto al negocio básico, permitiéndole cumplir con sus obligaciones principales. Se recomienda este tipo de diseño en las delegaciones en el Ecuador, por cuanto se trata de la generación a favor del privado de recursos adicionales para eventuales emergencias, con lo cual el Estado contaría con argumentos de presión para exigir el cumplimiento de los compromisos centrales al delegatario.

6. Selección del socio privado más acertado

El mecanismo de selección del asociado privado o variable de adjudicación de la licitación, deberá ser cuidadosamente seleccionado por el Estado, en función de las políticas gubernamentales. Es aconsejable que se utilice la menor cantidad de variables de adjudicación (lo recomendable consiste en exigir el cumplimiento de varios elementos básicos a todos los oferentes, pero basar la adjudicación en un solo factor que se haya definido como fundamental), y si se resuelve que sean múltiples variables para la adjudicación, deberá asignarse pesos a éstas en función de su importancia. Los factores de selección deben ser lo más objetivos posibles, eliminando suspicacias y análisis poco transparentes.

La mejor propuesta no será en todos los casos la más alta, debe considerarse también elementos que realmente sustenten que el asociado privado reúne las calificaciones técnicas y la experiencia necesaria para operar el negocio adecuadamente, considerando que se tratará de una relación comercial de largo plazo y con incidencia directa en los usuarios, esto es, en definitiva en los ciudadanos de un país, e indirectamente en la economía de éste.

7. Participación de Entidades Multilaterales

Podemos señalar que la participación de un organismo multilateral en la estructuración y licitación de un proceso de asociación público privada, constituye además de un importante aporte de conocimientos, experiencia y financiamiento; un gran aval para los potenciales inversionistas y financistas del proyecto, debido a la imagen de transparencia y seguridad que su intervención genera. Por lo indicado, es recomendable para nuestro país, establecer como política de estado, que los proyectos de coparticipación público privada se estructuren con el apoyo de un organismo multilateral, asegurándose con ello mayores posibilidades de éxito.

8. Adecuada supervisión y participación del Estado en los proyectos

Una vez que se consolida una asociación público privada, el Estado debe mantenerse activamente involucrado en el proyecto, asegurándose que el particular cumpla con los estándares de desempeño acordados contractualmente, así como con las responsabilidades y prestaciones a las que se comprometió. El Estado por su lado debe también encargarse de cumplir fielmente las obligaciones que asumió en la negociación, esto se refiere tanto a la entidad pública integrante de la asociación, como a cualquier organismo del Estado que pudiese tener ingerencia en el proyecto.

Para estos efectos, se recomienda la estabilidad de los funcionarios que participaron en la estructuración y licitación del proyecto de delegación, ya que por su conocimiento profundo del negocio y sus particularidades, además del perfil especializado que deben reunir, serán los más capacitados para controlar el desenvolvimiento del contrato.

9. Estabilidad jurídica y marco político y regulatorio claramente definido

Es condición fundamental para generar un ambiente propicio para la atracción de inversiones privadas al sector de servicios públicos, que el marco jurídico nacional que regula las coparticipaciones, la inversión extranjera, los aspectos tributarios, las controversias entre las partes, y los demás elementos fundamentales para el negocio y sector específico, esté claramente definido.

Debe garantizarse al inversionista la continuidad y estabilidad de los términos contractuales pactados, y, a su vez, que en caso de incumplirse éstos, y particularmente de darse por terminado el contrato por causales ilegales o no previstas en el contrato, se le indemnizará adecuadamente; todos estos son aspectos críticos para propiciar la inversión privada en la prestación de servicios públicos.

En algunas delegaciones implementadas en el Ecuador, se han sometido las controversias ante cortes o cámaras internacionales de arbitraje, radicadas en Nueva York, Miami, París, entre otras; estas definiciones se han tomado por requerimiento de los inversionistas participantes en las licitaciones, ya que por las condiciones de inestabilidad política y falta de garantías en el ámbito judicial ecuatoriano, prefieren ventilar los conflictos en una jurisdicción externa, ya que ello alienta la imparcialidad en la resolución del caso, mitigando los riesgos del inversionista. Queda bajo la responsabilidad del Estado precautelar su adecuada defensa, para lo cual tradicionalmente se ha adolecido de debilidad institucional en nuestro país. No encontramos reparo al sometimiento a organismos arbitrales internacionales, pero sí sugerimos un reforzamiento de las entidades y funcionarios responsables de la defensa de los intereses del Estado ecuatoriano, vía la capacitación y la permanencia en sus funciones por períodos que excedan a los de la administración pública tradicional. Debe destacarse que en sentido contrario a esta sugerencia, el Ecuador se ha retirado de la CIADI, organismo internacional ante justamente el cual se ventilan diferencias entre Estados e inversionistas foráneos.

Un aspecto de mucha relevancia para la atracción de capitales privados de riesgo al Ecuador, consiste en la expedición, reformas o derogatorias de normas jurídicas que pudieren darse en el país a lo largo del contrato de coparticipación. Es preciso tener en cuenta que la constante inestabilidad y modificaciones al sistema jurídico nacional, en sus múltiples aristas y sectores, genera también inestabilidad

en los planes comerciales de los delegatarios, y consecuentemente, pudiera perjudicarlos de manera considerable. El planteamiento consiste en que se debe como país y como gobierno, definir y llevar a cabo un compromiso de estabilidad y seriedad de las reglas bajo las cuales se rigen los negocios en el Ecuador, evitando las modificaciones antojadizas y con tendencias proteccionistas o de beneficio a ciertos sectores del mercado o grupos económicos. No habrá inversión seria en un país sin reglas de juego serias, ese debe ser el compromiso de las autoridades nacionales.

De la mano con lo mencionado en el párrafo anterior surge que las condiciones de mayor estabilidad política y de seriedad en la conducción de las políticas económicas y fiscales de un Estado, inciden directamente en el éxito en la atracción de inversiones privadas y por ende en la generación de delegaciones de servicios y obras públicas en condiciones más favorables para el país. Un Estado serio atraerá más inversionistas y mejores propuestas de parte de éstos, es esa la definición y la decisión que se requiere de parte de las autoridades ecuatorianas.

La descentralización de funciones del gobierno central hacia las entidades seccionales, locales o autónomas, se considera también como un paso importante en la cimentación de condiciones favorables a la inversión de riesgo en el sector público. Estimamos que el poder centralizado ha venido cumpliendo un rol bastante deficitario en nuestro país, requiriéndose al igual que en el resto de Latinoamérica, una transición hacia un modelo distinto: las asociaciones público privadas. Debido a las múltiples funciones y responsabilidades que debe cumplir el aparato público estatal, planteamos como propuesta que las delegaciones al sector privado se lleven a cabo en el Ecuador vía entidades descentralizadas, quienes por contar con la exclusiva responsabilidad de supervisar y controlar dichas asociaciones, lo harán de manera más eficiente.

Una última consideración, talvés la más sensible políticamente, consiste en que deben acatarse las normas locales y los compromisos internacionales debidamente contraídos por nuestro país. Un ejemplo del daño que causan las arbitrariedades a la seguridad jurídica y la estabilidad política en el Ecuador constituye el problema que enfrentó el país por la reforma de los contratos petroleros en cuanto a los porcentajes de participación Estado Ecuatoriano-Petrolera inversionista. Dicha reforma fue impuesta por el Ecuador, con lo cual una buena parte de las petroleras se retiraron del país, causando decrecimiento en la extracción petrolera y un llamado a arbitraje en el extranjero, con resultados inciertos aún en los cuales puede verse perjudicado el Ecuador.

Esta situación evidencia falta de estabilidad en la conducción económica y jurídica del país, genera resistencia a la inversión privada en el Ecuador, y, por último

eleva el riesgo país, llevando a que las aspiraciones de rendimientos o tasas de interés que demanden los inversionistas sean tan altas que no puedan alcanzarse sin que provoquen a su vez tarifas excesivamente onerosas para los usuarios, con lo cual se vuelven no viables las coparticipaciones público privadas.

10. Políticas económicas que incentiven la producción

Para que un país se vuelva atractivo a la inversión no sólo extranjera sino también local, se requiere que existan condiciones económicas que brinden incentivos a la misma, por sobre otros Estados en los cuales alternativamente se pueda invertir. En otras palabras, debe tratarse de un país que reúna condiciones de competitividad.

A la inversión privada le interesa la rentabilidad y la seguridad de sus inversiones, sobre este tema vamos a enfocarnos en las condiciones tributarias y laborales que existen en el Ecuador:

- Las *cargas tributarias* se encuentran dispersas, e incluso disfrazadas a modo de subsidios simples o cruzados. Se trata de un país con tributos sumamente altos, focalizados sobre grupos muy pequeños, justamente los sectores productivos;
- En cuanto al *marco laboral* podemos señalar que si bien en años anteriores se había dado paso a reformas modernizadoras en este ámbito tales como la contratación por horas, recientemente se ha dado marcha atrás en estos avances, endureciéndose la postura de protección excesiva a la sector trabajador e incrementándose las cargas financieras, prevaleciendo fuertemente los derechos e intereses de los trabajadores por sobre los del empleador, configurando una verdadera lucha de poderes.

Estimamos indispensable en pos de la competitividad del país, y con la finalidad de generar incentivos para el aumento de la inversión privada, la simplificación del régimen tributario en el Ecuador, y la reducción de aquellos gravámenes que resultan verdaderamente onerosos para los sectores productivos, comparativamente con los demás países de la región. En este contexto recomendamos que la normativa tributaria otorgue flexibilidad para las autoridades competentes de otorgar descuentos y rebajas, a base de políticas comerciales debidamente fundamentadas que actúen como incentivo a la empresa privada. Debe tenerse presente que a pesar que la recaudación tributaria en valor absoluto se reduzca, al aumentar el comercio exterior del país y mejorar la balanza comercial, la economía mejorará y consiguientemente el bienestar de los ciudadanos.

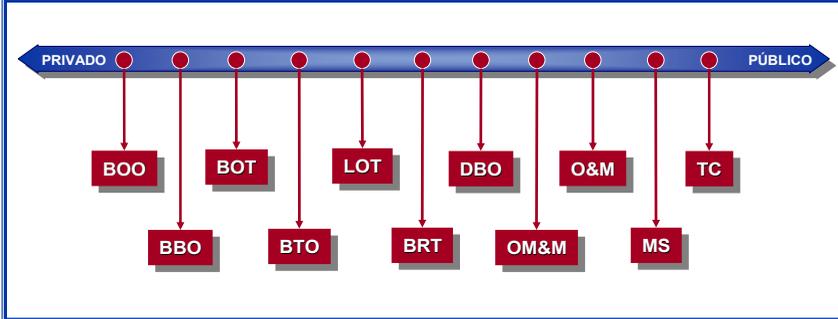
Respecto al marco laboral, sin perjuicio del reconocimiento de los derechos que corresponden a los trabajadores y de la necesidad de protegerlos dentro del marco del derecho social, planteamos la reducción de aquellas prebendas laborales que francamente resultan absurdas para la realidad económica de nuestro país y de latinoamérica en general, así como la eliminación de las indemnizaciones exuberantes que se otorgan en ciertas entidades públicas. En cuanto al régimen laboral que afecta directamente al empleador privado, sugerimos la revisión del monto de las utilidades (15%) que deben entregarse a los trabajadores, ya que en realidad constituye un impuesto bajo la perspectiva del empresario. Se propone que dicho porcentaje se reduzca o elimine del todo durante los primeros años de funcionamiento de la empresa, a fin de permitir la amortización de los gastos que justamente se ocasionan con mayor impacto al inicio de las operaciones.

Finalmente nos referiremos a los recursos derivados de la previsión y seguridad social, que actualmente se manejan de manera exclusiva a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Se trata de la administración de recursos que provienen de los propios ciudadanos y los empresarios, la cual ha arrojado resultados negativos. Consideramos de mucha importancia que nuestra legislación permita que todos los dineros de la previsión social puedan ser manejados por empresas privadas: con ello se obtendría una administración más eficiente y rentable, inyectando de liquidez el mercado bursátil y bancario, y por ende lográndose mejores condiciones económicas para la inversión privada de riesgo. Un ejemplo claro de este beneficio lo podemos apreciar en la economía chilena, la cual hoy tiene un nivel de desarrollo comparable con cualquier país del primer mundo, basada fundamentalmente en un sistema privado de previsión social. Concluimos reafirmando que los fondos de la seguridad social deben ser administrados por empresas privadas, lo cual además generaría mayores recursos para la inversión en coparticipaciones público privadas, con dineros de los propios ciudadanos beneficiarios de los servicios sobre los cuales se otorga la delegación. Los fondos de inversión previsional pasarían a constituirse como importantes fuentes de recursos para financiar las coparticipaciones.

INDICE DE ANEXOS

- Anexo 1** Cuadro de los mecanismos de coparticipación público privada.
- Anexo 2** Cuadro de los Principales actores de un Project finance.
- Anexo 3** Cuadro de las Fuentes de financiamiento de los Project finance.
- Anexo 4** Cuadro de la distribución de atribuciones del gobierno, las entidades reguladoras y otros organismos públicos.
- Anexo 5** Cuadros de:
- **Compromisos de Inversión en proyectos de transporte con Participación Privada, en países en desarrollo.**
 - **Inversión Acumulada en proyectos de transporte con Participación Privada en países en vías de desarrollo, período 1990-2001**

GAMA DE MECANISMOS DE COPARTICIPACIÓN PÚBLICO PRIVADA

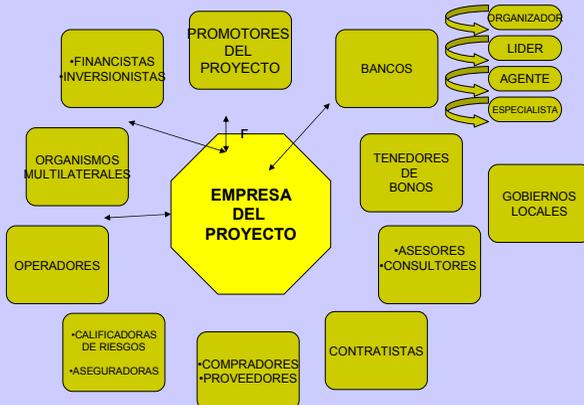


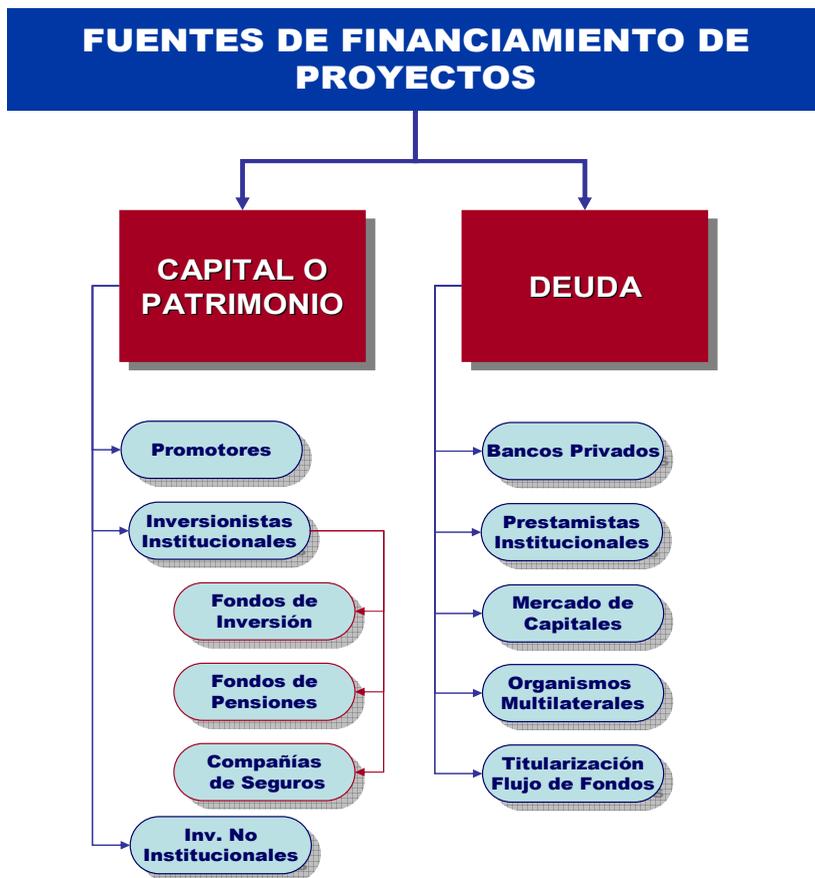
* En el cuadro no se incluye la modalidad STC por considerarse que ésta constituye en realidad una forma de control y no un mecanismo per se. Por tanto un STC cabría dentro de otras modalidades (BTO, BOT, DBO u otras).

Fuente: Elaboración propia

Mecanismos de Asociación Público Privada
Dra. Vianna Maino I.

PRINCIPALES ACTORES DE UN PROJECT FINANCE





Fuente: Elaboración propia

DISTRIBUCIÓN DE ATRIBUCIONES

Gobierno/Reguladores/Otros Organismos

<i>Aspecto</i>	<i>Gobierno</i>	<i>Regulador</i>	<i>Otras Entidades</i>
Marco Legal y Política Sectorial	x		
Planificación	x		
Diseño de la Privatización	x		
Decisiones impositivas y de subsidios	x		
Subastas de Concesiones y Adquisiciones	x		
Políticas tarifarias		x	
Control y Penalidades		x	
Regulación Técnica		x	
Estándares de Calidad		x	x
Regulación del Medioambiente		(*)	x
Seguridad		(*)	x
Salud		(*)	x
Política Antimonopolio		(**)	x

Fuente: Privatization and Regulation of Transport Infrastructure", Guidelines for Policymakers and Regulators, Antonio Estuche-Ginés de Rus, The World Bank, Washington D.C. pg. 16.

(*) Requiere coordinación para determinar impacto en los costos.

(**) Requiere coordinación con las correspondientes industrias para determinar requerimientos financieros.

**Compromisos de Inversiones en Proyectos de Transporte con Participación Privada en
Países en Desarrollo**
[US\$ millones de millones]

Año	N° de Proyectos	Aeropuertos	Puertos	Ferrocarriles	Carreteras	Total
1990	35	0,0	0,0	0,0	10,3	10,3
1991	11	0,0	0,0	0,3	3,0	3,3
1992	22	0,0	0,3	1,0	3,3	4,6
1993	40	0,1	0,5	1,4	3,7	5,7
1994	69	0,8	1,2	0,7	6,2	8,9
1995	51	0,6	2,2	3,6	5,6	12,0
1996	77	0,4	1,6	6,7	8,7	17,4
1997	103	0,7	4,6	5,1	11,3	21,7
1998	93	5,3	0,9	3,5	8,6	18,4
1999	59	1,0	2,7	2,8	2,4	8,9
2000	63	2,1	2,7	1,2	5,6	11,6
2001	39	1,4	1,2	2,5	7,3	12,4
Total	662	12,5	18,0	28,8	76,0	135,3

Fuente: Banco Mundial

**Inversión Acumulada en Proyectos de Transporte con Participación Privada, Países en vías de Desarrollo. Período
1990 - 2001**

[US\$ millones de millones]

Región	Aeropuertos	Puertos	Ferrocarriles	Carreteras	Total
Latino América y el Caribe	7,1	17,9	5,7	36,9	67,6
Asia del Este y el Pacífico	2,6	10,1	8,8	34,1	55,7
Europa y Asia Central	1,5	0,3	0,7	2,6	5,1
Asia del Sur	0,1	-	1,8	0,5	2,4
Medio Oriente y Norte de África	0,7	0,2	0,9	-	1,8
Sub-Sahara África	0,3	0,3	0,2	1,9	2,7
Total	12,5	28,8	18,0	76,0	135,3

Fuente: Banco Mundial

Mecanismos de Asociación Público-Privada
Dra. Vianna Maino I.

