



La regulación asociativa en el Ecuador

Associative regulation in Ecuador

Regulamento associativo no Equador

Diana Rivadeneira

dianita_rivadeneira@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-3784-0818>

Roberto García

roberto.garcia@unini.edu.mx
<https://orcid.org/0000-0002-6718-513X>

Universidad Internacional Iberoamericana, Campeche - México

Artículo recibido el 21 de febrero 2022 / Arbitrado el 2 de marzo 2022 / Publicado el 17 de marzo 2022

RESUMEN

La regulación asociativa en el Ecuador, para la consecución de proyectos emblemáticos de desarrollo en infraestructura requiere de lineamientos claros; sin embargo en nuestra legislación, se encuentra disperso, existiendo la necesidad de ejemplificar a través de lineamientos el procedimiento de alianzas Público Privadas (APP), en este sentido el propósito de este artículo es presentar la necesidad que existe en el Ecuador de diseñar lineamientos generales que regulen la participación del eje y/o sector privado mediante la promoción de planes, programas y proyectos, con la finalidad de asociarse con actores privados para construir y administrar la infraestructura y la prestación de servicios en el marco de Acuerdos Asociativos; Alianzas Público Privadas; a través de instrumentos denominados "contratos de gestión delegada" e "inversión privada". Para esto metodológicamente se realiza un análisis de los aspectos legales que se sustentan principalmente, en la Constitución de la República del Ecuador; la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera; Ley Orgánica de Empresas Pública; Ley de Compañías; Codificación del Código Civil; Ley Orgánica para el fomento productivo, atracción de inversiones, generación de empleo y estabilidad equilibrio fiscal. Para el análisis se aplica el método enfoque deductivo a partir de las normas más generales a las específicas, para luego mediante la confrontación de lo expuesto en las normativas se crea una crítica donde se señalan los bienes públicos y modalidades de asocio de las empresas públicas. La conclusión conlleva a afirmar que en el Ecuador no existen lineamientos claros y precisos que orienten los procesos de las Alianzas públicos privadas por lo que presente artículo contempla una investigación de diseño documental.

Palabras clave: Principios; proceso; contencioso; administrativa; jurídicas

ABSTRACT

The associative regulation in Ecuador, for the achievement of emblematic infrastructure development projects, requires clear guidelines; however in our legislation, is dispersed, there is a need to exemplify through guidelines the procedure of Public Private Partnerships (PPP), in this sense the purpose of this article is to present the need that exists in Ecuador to design general guidelines that regulate the participation of the axis and/or private sector by promoting plans, programs and projects, with the purpose of associating with private actors to build and manage the infrastructure and the provision of services within the framework of Associative Agreements; Public Private Partnerships; through instruments called "delegated management contracts" and "private investment". For this methodologically, an analysis of the legal aspects that are based mainly on the Constitution of the Republic of Ecuador is carried out; the Organic Law on Incentives for Public-Private Partnerships and Foreign Investment; Organic Law of Public Companies; Companies Law; Codification of the Civil Code; Organic Law for productive development, investment attraction, job creation and fiscal balance stability. For the analysis, the deductive approach method is applied from the most general regulations to the specific ones, and then by confronting what is stated in the regulations, a criticism is created where public goods and association modalities of public companies are indicated. The conclusion leads to affirm that in Ecuador there are no clear and precise guidelines that guide the processes of public-private Alliances, so this article contemplates an investigation of documentary design.

Key words: Alliances, public, private, associative agreements

RESUMO

A regulação associativa no Equador, para a realização de projetos emblemáticos de desenvolvimento de infraestrutura, requer diretrizes claras; porém em nossa legislação; é disperso, surge a necessidade de exemplificar através de diretrizes o procedimento das Associações Público-Privadas (PPP), nesse sentido o objetivo deste artigo é apresentar a necessidade que existe no Equador de desenhar diretrizes gerais que regulam a participação dos eixos e/ ou setor privado através da promoção de planos; programas e projetos, de forma a associar-se a atores privados para construir e gerir a infraestrutura e a prestação de serviços no âmbito de Acordos Associativos; Associações Público-Privadas; através de instrumentos denominados "contratos de gestão delegada" e "investimento privado". Para fazer isso metodologicamente, é realizada uma análise dos aspectos jurídicos que se baseiam principalmente na Constituição da República do Equador; a Lei Orgânica de Incentivos às Parcerias Público-Privadas e ao Investimento Estrangeiro; Lei Orgânica das Empresas Públicas; Direito das sociedades; Codificação do Código Civil; Lei Orgânica para o desenvolvimento produtivo, atração de investimentos, geração de emprego e estabilidade do equilíbrio fiscal. Para a análise, aplica-se o método de abordagem dedutiva das normas mais gerais para as específicas, então ao confrontar o disposto nas normas, cria-se uma crítica onde são indicados os bens públicos e as modalidades associativas das empresas públicas. A conclusão leva a afirmar que no Equador não existem diretrizes claras e precisas que orientem os processos de alianças público-privadas, para as quais este artigo contempla uma investigação de design documental.

Palavras-chave: Alianças, público, privado, acordos associativos

INTRODUCCIÓN

En el Ecuador el cambiante campo de la cooperación y el creciente interés de las empresas por los temas sociales y ambientales, conducen a alianzas público privadas que se posicionan como un vehículo mediante el cual las fuentes de cooperación, en el sector privado (sociedad civil y empresas) y el sector público deben trabajar para lograr objetivos de desarrollo comunes. En este sentido, el artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que la principal obligación del Estado es planificar el desarrollo nacional, aliviar la pobreza, promover el desarrollo sostenible y reasignar de manera justa los recursos; por ello, es necesario adecuar los procesos, herramientas y marco institucional del sistema de planificación participativa descentralizada del país; establecido en el artículo 279 de la misma legislación, en el marco de las políticas públicas y los procesos de planificación en todos los niveles de gobierno; en esta materia, considerando las circunscripciones territoriales; ámbito de competencia y capacidad.

De esta manera, en Ecuador existen orientaciones de gestión territorial y gobernanza multinivel, plasmado en el Plan Nacional de Desarrollo (2017 2021) instrumento creado de manera dinámica por expertos académicos, para conocimiento y aplicación del sector público e indicativo para el sector privado; sin embargo para el efecto de creación de alianzas público privadas este instrumento constituye un componente de aplicación obligatoria; pese a existir un socio privado, en vista de que los objetivos de cualquier proyecto de alianza pública privada debe estar anclado al Plan Nacional de Desarrollo como instrumento de promoción integral de las personas naturales y jurídicas, basándose en el ejercicio y garantía de sus derechos, promoviendo mecanismos de vinculación multiagente y multinivel para la gestión y administración del territorio.

En el Plan Nacional de Desarrollo (2017-2021) expresa que se debe fomentar y fortalecer la conformación de mancomunidades, consorcios y otras estrategias de asociatividad para el ejercicio de competencias concurrentes y exclusivas; con la consideración del principio de subsidiariedad, complementariedad y mecanismos de financiamiento alternativos. Instrumentos que deben tomarse en cuenta al plantear un esquema asociativo, con el objeto de precautelar el cumplimiento de la norma y obtener sustentos técnicos que permitan establecer la viabilidad técnica y jurídica del proyecto para aprobación de las autoridades.

En este contexto es necesario investigar la asociatividad público privada para la planificación, desarrollo; y, ejecución de proyectos en el territorio (ecuatoriano) con la finalidad de establecer la limitación normativa en la aplicación del Derecho Administrativo respecto a la asociatividad público privada en la legislación ecuatoriana y así establecer los mecanismos necesarios (lineamientos generales o genéricos para alianzas público privadas, APP) que faciliten las

actividades empresariales y se complementen con las instituciones del Sector Público para dinamizar la economía y las fuentes de trabajo.

Contextualización de la situación a estudiar

Ecuador consideró adoptar un método piloto de gestión estatal respecto de las APP constituyéndose en su propio protagonista; debido a la necesidad de servicios públicos e infraestructura estatal; caracterizado por falta de transparencia; y eficiencia, lo que ocasiona que el sector privado prefiera enfocarse en giros de negocio netamente privados, inobservando mecanismos asociativos de incentivos legales, así como oportunidades que podrían establecerse a través de asocio con el sector público, es preciso señalar que en la legislación ecuatoriana no existe una definición exacta de alianza público privada, sin embargo, en la práctica; se puede decir que es una herramienta que viabiliza la unión de objetivos que los socios; sean estos públicos o privados, los cuales van a tener como un fin común obtener réditos que faciliten económicamente la ejecución de los proyectos propuestos en conjunto.

En este sentido, en un proceso de alianza de trabajo entre lo público y lo privado se hace necesario que la persona jurídica de índole privada realice una evaluación, con su correspondiente diagnóstico sistemático de las oportunidades, que pueden existir sobre los servicios que presta el Estado y en los cuales el, como empresa desde el sector privado puede intervenir a través estrategias y los lineamientos generales de las APP “sugerido”, de requisitos y metodología considerada necesaria en esta investigación la cual, viabilizaría la atracción de inversiones para evitar que exista ambigüedades o falta de claridad respecto a la participación en asocio con el estado y la persona jurídica privada. Además, el ente privado debe identificar las restricciones que hay que reducir o eliminar, las secuencias y prioridades apropiadas, para garantizar que Ecuador pueda aprovechar cabalmente dichas oportunidades.

Mientras tanto, los programas y las políticas públicas específicamente diseñados para ayudar a superar las restricciones principales de contrato de asocio público y privado que deben alinearse, entre otros factores, con la política pública interna y/o institucional de los actores involucrados en la sociedad (el estado a través de sus instituciones públicos y la empresa privada a través de sus gerentes); y los posibles incentivos a los cuales el asocio privado puede acogerse; siempre en cumplimiento a la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas (2015) y la Inversión Extranjera de Ecuador, el cual es el cuerpo normativo que tiene por objeto establecer incentivos específicos para promover de manera amplia y general el financiamiento en el ámbito productivo y considera no solo la inversión nacional sino también la extranjera.

Por último, es preciso que el Estado alinee sus metas y objetivos institucionales a los programas de la estrategia que concuerden con el sector privado a nivel macroeconómico y/o porque éste tiene un enfoque horizontal con metas y programas orientados a actividades o sectores específicos, lo cual contribuye a combinar de manera eficaz las señales del mercado con los incentivos del gobierno. De esta manera, una vez que se conoce el enfoque de la figura jurídica que se presenta en una APP, se debe considerar que este instrumento bien estructurado puede mitigar “los riesgos” a los que puede verse avocado el sector Público, es más; al ser una figura jurídica tan flexible se pueden establecer mecanismos de verificación tanto para el sector privado como por parte del sector público; con el objeto de que se mantenga una coordinación y cumplimiento de obligaciones contractuales sobre el proyecto de APP. Es imprescindible que el gobierno trabaje junto con el sector privado en el marco de un bien público y que no se vea apresado por intereses particulares.

Ahora bien, puede afirmarse que existe cierta dependencia, en la prestación de un servicio o sector estratégico que por mandato legal le correspondería al sector público como estado prestarlo, sin embargo la legislación a través de la carta magna, instruye sobre la potestad estatal de realizar actos administrativos que conlleven una APP; contratos de inversión; y/o gestión delegada, sin embargo puede generarse desde el sector público al privado una sanción de privatización, por lo que es imprescindible que existan lineamientos claros en las bases del proyecto para someterlos al acuerdo de las partes a través de instrumentos y cláusulas formales para el cumplimiento de éste y de la normativa legal ecuatoriana.

De esta manera, es importante que, en el momento de presentar el proyecto, el inversionista debe tener presente que siempre existe un riesgo grave de los cambios que se puedan dar en los lineamientos o la política pública del Estado, ante lo cual debe prestar atención y diseñar diferentes modalidades técnicas y jurídicas conforme a cada proyecto; para evitar una “sensación de privatización” típica la cual es entendida en la práctica como la transición y transferencias de activos del sector público al privado de manera permanente, sin ninguna restricción y retribución al sector público. Por lo tanto, es necesario que existan marcos legales formales para que el sector público y el privado puedan colaborar en materia de estrategias y programas en el marco de una alianza estratégica conformada por el sector público y privado.

Lo anteriormente planteado refleja que existe en este proceso administrativo de coordinación entre el ente privado y público, una falta de normativa por parte del estado ecuatoriano en referencia a los procedimientos de APP para su consecución, lo cual hace que existan deficiencias del marco jurídico de las alianzas público-privadas, en los contratos de gestión delegada e inversión, para obtener los objetivos de desarrollo determinados en el Plan Nacional de Desarrollo (PND), como instrumento al cual se sujetan las políticas, programas y proyectos

públicos orientados a incentivar la inversión extranjera necesaria a fin de aumentar la economía y mejorar la infraestructura estatal. Consecuentemente, se plantea en este artículo el análisis de las limitaciones y problemas que existen en las alianzas públicas privadas en el Ecuador a partir de la Legislación vigente que lo regula.

Bases teóricas

La teoría del servicio público se originó en Francia, al respecto el autor Matilla (2008) estableció que legalmente el servicio público se origina dentro del derecho administrativo francés, desde el cual se extiende a otros ordenamientos jurídicos administrativos, es así que en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano se prioriza al servicio público; contextualizándolo, en que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación, desde el enfoque estricto de satisfacción de necesidades de la ciudadanía; contribuyendo principalmente en la consecución del bienestar ciudadano a través de la construcción de infraestructura y equipamiento de los distintos sectores como salud; educación; vialidad incluyendo la transferencia de tecnología bajo un solo instrumento jurídico como la alianza público privada.

Igualmente, Matilla (2008, pág. 55) expresa que la función pública es para una parte importante del derecho administrativo francés el fundamento del derecho administrativo o el alma e inspiración del derecho administrativo, es decir la teoría de los servicios públicos apoya eficazmente el estado de derecho, cuyas actividades administrativas tienden a respetar los derechos de los ciudadanos, a través de su sistema eficiente que enfocado en las necesidades de las personas. Además, de acuerdo al Real Instituto de la Lengua Española (s/f), el servicio público es la “actividad más caracterizadora de las administraciones públicas que agrupa todas las organizaciones, actividades y funciones que tienen por objeto prestaciones de bienes y servicios en beneficio de los ciudadanos.”

Así mismo, Estrada (2002) expone que el servicio público es la ejecución de actos de índole administrativa; desde la máxima autoridad institucional, investida de facultades legales, y; bajo estrictos mecanismos de control; y regulaciones específicas que contribuyan en la satisfacción de servicios que demanda la colectividad; anteponiendo el interés general al particular es así que, históricamente, hasta finales del siglo XIX, la doctrina del derecho administrativo ignoró el servicio público; ya existían, pero la ciencia jurídica no había logrado captar su existencia antes para sus definiciones abstractas.

En el caso de Ecuador, Constitución de la República (2008) en el numeral 25 del artículo 66 se establece que el Estado reconoce y garantiza a las personas “el derecho al acceso a bienes y servicios públicos y privados de calidad; y no solo a pequeños grupos de poder como ocurre en los estados totalitarios, donde el poder del soberano es absoluto. Además, en el artículo 11 específicamente en el numeral 9 se señala de manera precisa que: ...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...

Igualmente, en Ecuador la Constitución Política (CRE, 2008) en el artículo 23, numeral 26 del Capítulo 2, de los derechos civiles, garantiza la seguridad jurídica a las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, con su desarrollo en actividades económicas, mediante un orden jurídico e institucional que fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal, porque se garantiza la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones. Así mismo, se vigila que las actividades económicas cumplan con la ley, regulaciones y controles en defensa del bien común.

Incluso, el artículo 249 del citado Título XII de la CRE dispone que 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. El Estado podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones. De igual manera, el Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios y/o acuerdos asociativos no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas.

En el artículo 316, de Constitución señala que el Estado podrá de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada la actividad del servicio público, es decir cuando señala que “podrá” se refiere a que es facultativo es decir el acceso del capital privado a través de una alianza pública privada, en asocio está restringido, pero no prohibido en el caso específico de los sectores estratégicos; es claro, que la administración, regulación y control de los sectores estratégicos y de los servicios públicos, corresponde exclusivamente al Estado, mientras que la gestión de estos corresponde prioritariamente a las empresas públicas, secundariamente a las compañías de economía mixta en las que el Estado tenga mayoría accionaria, y excepcionalmente a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria.

Consecuentemente, el derecho está garantizado legalmente con base en el respeto a la Constitución y la existencia de estándares legales previos, claros, públicos y aplicados por las diversas autoridades competentes. Pero, también se plantea en estos estamentos legales los derechos, por lo tanto, dentro de la Constitución Política de la República del Ecuador en el Título II denominado “Derechos” el fundamento de la seguridad jurídica es el respeto es decir el acatamiento y la obediencia de la Constitución y normas jurídicas que fueron expedidas por autoridad competente y que cumplen con el procedimiento respectivo.

En resumen, se puede observar que la Constitución actual al igual que la Constitución de 1998, garantizan a las personas naturales y jurídicas sean estos nacionales o extranjeros el derecho de seguridad jurídica. Arcos (2012, p. 75) expone con respecto a la seguridad jurídica como principio de derecho, que “el principio de seguridad jurídica exige que la ley sea certera, eficaz y libre de arbitrariedades, y en este sentido invita a la reflexión determinando que: “la certeza jurídica es variable”.

En Ecuador durante el año 2015 surgió la iniciativa desde el Ejecutivo de impulsar una Ley de Incentivos para las Asociaciones Público-Privadas, cuyos objetivos son: i) atraer la inversión nacional y la extranjera a la implementación de proyectos públicos prioritarios; ii) fomentar el financiamiento competitivo externo de las empresas, bancos y otras instituciones financieras, y iii) facilitar el financiamiento interno y de mercado de valores MCPEP (2015 como se citó en Oleas, 2017)

Entre los tipos de proyectos públicos a ser considerados de acuerdo a lo plantado por la Ley de Incentivos para las asociaciones público-privada (2015) pueden ser los que se presentan a continuación ya que son las obligaciones contractuales que usualmente se desarrollan por medio de APP: 1) Construcción, equipamiento y operación de una instalación pública nueva; 2) Restaurar o mejorar el equipo operar y mantener una instalación pública existente; 3) Construir; mantener proyectos inmobiliarios que han sido concebidos y planificados desde el sector público y los ejecuta el sector privado; 4) Obras de planificación urbana y rural; 5) Actividades productivas, de investigación y transferencia de tecnología para desarrollo.

De igual manera, de acuerdo a la Ley de Incentivos para las asociaciones público-privada (2015) el estado brinda a los inversionistas estabilidad de régimen normativo tributario, tal y como se presenta en la Tabla 1.

Tabla 1. Estabilidad de régimen normativo tributario.

- | | |
|---|--|
| 1 | El proyecto exento del pago al impuesto a la renta por 10 años. |
| 2 | Pago de dividendos al exterior exentos del impuesto a la renta y del impuesto a la salida de divisas. |
| 3 | Pago de dividendos al exterior exentos del impuesto a la renta y del impuesto a la salida de divisas. |
| 4 | Compensación de IVA. |
| 5 | Exención de aranceles, impuesto a la salida de divisas y otros impuestos, como el de transferencia de dominio |
| 6 | Los Demás “incentivos” que resultan atractivos o interesantes, se ejecuta a través del Presidente de la República, como la máxima autoridad del estado y por otra parte las autoridades y/o delegados de los GADs los cuales, pueden modificar, entre otros instrumentos, permisos, licencias administrativas, y la Resolución de controversias enfocándola al Arbitraje internacional en una instancia latinoamericana. |

En el ámbito Contemplado en la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera (2015) (Ley APP) y su Reglamento; las personas jurídicas públicas, que se establezcan como “delegantes” que por su naturaleza puedan estructurar en cumplimiento a sus objetivos; “proyectos” bajo modalidad de Asociación Público Privada y obtener los beneficios de los “incentivos” previstos en la Ley APP, deben desarrollar sus proyectos cumpliendo con las siguientes etapas que se presentan en la Figura 1:

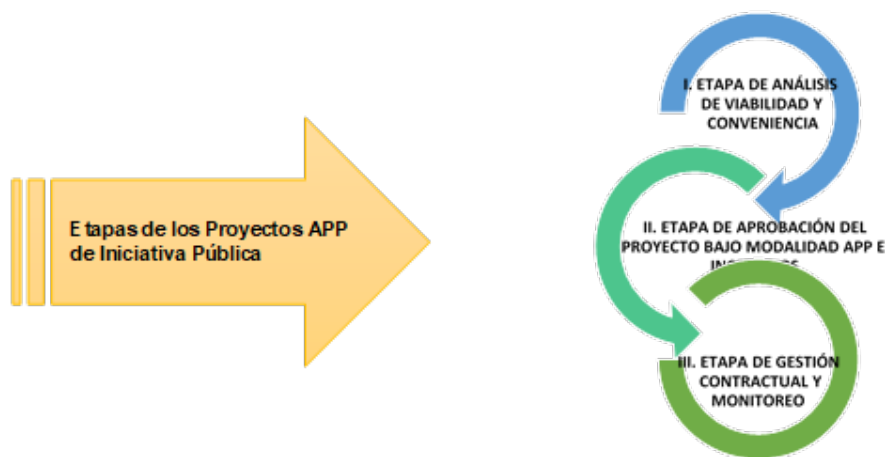


Figura 1. Etapas de los proyectos APP

Ecuador, ha expresado un renovado interés en el aumento de oportunidades para las APP y se ha comprometido con ello, además de probar los marcos creados recientemente como los Decretos Ejecutivos 260 y 259 emitidos por el presidente de la República del Ecuador a través del cual dispuso la creación de la “Secretaría Técnica de Asociaciones Público-Privadas y de Gestión Delegada” como una persona jurídica de derecho público, adscrita e independiente a la Presidencia de la República, con ámbito de ejecución nacional; creada debido a que Ecuador requiere inversión extranjera; que facilite una mejora significativa de infraestructura y servicios, utilizando el término “APP”, cual se refiere a proyectos que involucran un contrato a largo plazo entre un organismo del sector público y una entidad del sector privado para el diseño, construcción, operatividad y mantenimiento de la infraestructura “pública” con el objeto de prestar servicios eficientes de índole público de calidad.

Por lo general, el socio privado ofrece financiación y asume riesgos considerables de construcción, operación y mantenimiento, como también es responsable del cumplimiento del contrato. El sector público sigue siendo responsable de la supervisión y regulación de las políticas, la ejecución y la supervisión de los contratos, y en última instancia, asume los riesgos del desempeño deficiente de los socios privados, y la infraestructura suele volver al control del sector público al término del plazo del contrato.

METODOLOGÍA

El estudio se realiza mediante un análisis de las normas jurídica y sus doctrinas desde su perspectiva legislativa para lo cual se utilizará un enfoque deductivo para partir de las normas más generales, es decir, normas constitucionales y orgánicas para determinar la intervención del Estado ecuatoriano en las APP, con el fin de presentar a través de lineamientos claros e instrumentos procedimentales la pertinencia de las APP y los contratos de gestión delegada e inversión a través de la propuesta de lineamientos generales que determinen los requisitos básicos para el proyecto de (“Acuerdo de Asociación”; y “Alianza Público-Privada”) que debe ser examinados antes de celebrar contratos autorizados de inversión y gestión. De igual manera, se utiliza el método dialéctico para definir el alcance de la APP y la forma contractual de autorización por delegación e inversión.

La población de estudio la conforman la Constitución de la República del Ecuador (2008), La Ley orgánica de Incentivos para las asociaciones público-privada (2015), Ley Orgánica para el fomento productivo, atracción de inversiones, generación de empleo y estabilidad equilibrio fiscal (2018).

DESARROLLO Y DISCUSIÓN

La revisión y análisis de los estamentos legales identificados como población de este estudio orientaron a la crítica que se presenta a continuación como el resultado de la investigación:

Bienes públicos que pueden ser aprovechados por los inversionistas para desarrollar proyectos. Caso explicativo

Bienes públicos: Activo Relevante

Desde la perspectiva constitucional en Ecuador, únicamente ciertos bienes públicos son considerados inalienables, imprescriptibles e inembargables, y, solamente en tales casos, la norma constitucional define, adicionalmente y para ciertos supuestos, reglas de participación pública específica en el aprovechamiento de tales bienes. Todos los demás bienes públicos están sometidos al régimen particular previsto en las correspondientes leyes que rigen la materia de alianzas públicas y privadas. Igualmente, lo establece el artículo 297 de la Constitución de la República Ecuatoriana (2008) cuando expresa: Las instituciones y entidades que reciban o transfieran bienes o recursos públicos se someterán a las normas que las regulan y a los principios y procedimientos de transparencia, rendición de cuentas y control público (s/n).

En el Ecuador no hay un régimen común de rango legal para la administración de bienes públicos. Las reglas son dispersas, en muchos casos sectoriales y otras territoriales. Así, por ejemplo, hay normas específicas en telecomunicaciones en materia de ocupación de bienes privados o públicos en los artículos 101 hasta el 106 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2015), el régimen de bienes públicos expedido por la Contraloría General del Estado para su registro y su disposición cuando son «inútiles»; o, el régimen del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (2010, COOTAD) para los bienes públicos de los gobiernos autónomos descentralizados.

En el caso de las empresas públicas (EP) (para el ejemplo específico), la Ley Orgánica de empresas públicas (LOEP, 2009) determina que integran el patrimonio de una EP, «todas las acciones, participaciones, títulos habilitantes, bienes tangibles e intangibles y demás activos y pasivos que posean tanto al momento de su creación como en el futuro» (art. 38); y, para el cumplimiento de su objeto empresarial, una EP tiene amplia capacidad asociativa (arts. 35) y puede emplear su patrimonio para promover emprendimientos en este marco (art. 36) o asegurarse una fuente de financiamiento para el cumplimiento de sus objetivos empresariales (art. 42), es decir todas las rentas que se produzcan se dividen entre el socio público y el privado.

Para la EP y su desarrollo empresarial, de conformidad con su decreto de creación puede ser por ejemplo titular de los inmuebles adquiridos. Se asume, para propósitos, de este estudio que la EP es por parte del estado titular del Activo Relevante y, por tanto, este integra sus activos, es decir, que es propietario del bien o bienes inmuebles; que se consideran relevantes en la transacción. La propiedad regular de la EP sobre el Activo Relevante es fundamental para la transacción y el modelo propuesto (con independencia de la obligación de saneamiento que le correspondería al socio público respecto de su aportación). Para este propósito, la EP ha de contar con el correspondiente certificado de dominio otorgado por el Registro de la Propiedad del cantón donde esté ubicado el proyecto.

La transacción se inscribe, pues, en un proceso ejemplificativo de gestión de los activos de una empresa pública para el cumplimiento de su objeto empresarial (si así fuere necesario) y del que, además, se espera se obtengan rentas destinadas al financiamiento de sus restantes actividades empresariales. La EP no estaría limitada a emprender la transacción, empleando para este propósito el Activo Relevante, en los términos de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP, 2009), (i) ya como aportación en un esquema asociativo para el cumplimiento de su objeto empresarial, (ii) ya como fuente de rentas para el desarrollo de las restantes actividades encomendadas a la empresa pública.

Finalmente, cuando una transacción sobre los activos de una empresa pública supone un acto de disposición («enajenación de activos»), el art. 9, n. 10, de la LOEP establece que el directorio es competente para autorizarla, de acuerdo con el monto que el mismo órgano defina a través de acto resolutivo. Como se verá, el mecanismo más adecuado para garantizar la estabilidad de la transacción ejemplificada y la transferencia efectiva de los riesgos entre las partes en el Proyecto (desde la perspectiva jurídica, cargas y obligaciones) es la constitución de un usufructo oneroso por el tiempo de vigencia del socio, como un contrato complementario al Acuerdo Asociativo.

Modalidades de socio de una empresa pública

Asocio institucional

De las formas institucionales de socio de una empresa pública la constitución de una compañía de economía mixta a cargo de la gestión del Proyecto es una posibilidad a considerar ya que es una sociedad mercantil (sujeta a la Ley de Compañías, LC, 1999), arts. 308 al 414.17 cuyo

capital social está dividido en acciones y es de propiedad conjunta del sector público y privado. Únicamente cuando el proyecto supone la gestión de servicios públicos o de actividades correspondientes a sectores estratégicos, el art. 35 de la LOEP exige que la compañía mixta que se constituya para el efecto tenga mayoría pública. Como no existe restricción por el objeto del Proyecto, en este caso es fundamental evaluar las aportaciones que cada parte (el socio privado y el socio público) ha de realizar para definir el porcentaje de participación en el capital social, si se optará por la modalidad de compañía de economía mixta.

El Estado ecuatoriano puede participar en el capital de estas empresas registrando aportes en su propio dinero o transfiriendo equipos agrícolas o industriales, herramientas, bienes muebles e inmuebles, herramientas públicas, etc. y ejecutando su papel comercial en base a su plan de negocios, es preciso también considerar prestar el servicio público para un periodo fijo de ser el caso. De acuerdo con los criterios de base del Proyecto ejemplificativo, la EP podría participar en el capital social con aportaciones en numerario y necesariamente, para propósitos del Proyecto, con los derechos de explotación del Activo Relevante, aunque la constitución del usufructo no necesariamente sería una aportación al capital social. El punto focal en esta modalidad está dado por el efecto artificial que se podría dar en la composición del capital social, no por los riesgos asumidos por cada parte, sino por la valoración del derecho de explotación de un bien raíz en el Proyecto que se llegue a hacer en el Plan de Negocios del Proyecto.

Subsidiaria de la empresa pública

En el Ecuador, de conformidad con los arts. 4, segundo inciso, 9, numeral 14, 35 y 42 de la LOEP, una empresa pública puede, previa resolución de su directorio, constituir una subsidiaria, una compañía de economía mixta con participación mayoritaria pública. Como se ha señalado, únicamente para la gestión de servicios públicos y de actividades correspondientes a sectores estratégicos, una subsidiaria sería una exigencia legal. Por otra parte, existen otras formas institucionales de socio con minoría pública si se excluye, pues, la necesidad de constituir una compañía de economía mixta con mayoría pública en razón de que el Proyecto no se refiere a un servicio público o una actividad dentro de los sectores estratégicos— cualquier otra forma de organización institucional que de origen a un sujeto de Derecho es posible. No obstante, la relación entre el socio público y el socio privado, dentro de una estructura institucional, siempre es más compleja.

Se debe tener en cuenta que la sola participación mayoritaria no siempre asegura el control sobre la entidad en que se verifica el socio institucional, ya que el control se puede también obtener y regular a través de mecanismos contractuales; es decir a través de la redacción técnica jurídica del instrumento contractual a suscribir; el cual debe guardar concordancia con los pliegos y oferta presentada por el inversionista Privado. Por lo general, en este tipo de empresas conjuntas se establecen mecanismos de protección del socio minoritario por vía contractual que impiden que el socio que tenga la mayoría accionaria ejerza un control absoluto sobre la entidad o, incluso, se traslade la administración y gestión de la entidad al socio minoritario, dentro del mismo marco de las relaciones societarias.

El socio minoritario generalmente negocia con su socio su protección por medio del establecimiento del requisito de mayorías calificadas o reforzadas o incluso la unanimidad de los socios para la adopción de ciertas decisiones por parte de los órganos sociales. De esa manera, se le otorga al socio minoritario una especie de derecho de veto sobre aquellas decisiones esenciales o importantes que afectan al negocio mismo, puedan implicar una dilución en su participación o alteren sus derechos como socio minoritario pactados en el contrato de accionistas, de tal forma que le permite al accionista minoritario gozar de cierto control sobre temas trascendentales del gobierno corporativo de la empresa.

Algunas de las decisiones que habitualmente requieren la participación del socio minoritario son: el cambio del objeto, los aumentos o reducciones de capital, las modificaciones a los estatutos, la aprobación del plan general de negocios y presupuesto, la celebración o modificación de contratos, la modificación de la política de distribución de dividendos, los negocios de la entidad con sus socios o partes vinculadas a los mismos, el nombramiento de directivos y personal ejecutivo, y por último el nombramiento de auditores.

Estas decisiones que requieren formalidades sustanciales a través de mayoría calificada o unanimidad; se negocian entre las partes antes de celebrar el acuerdo de socios en donde quedan incorporadas. Esta protección contractual le brinda al socio minoritario un control proporcional; sobre la entidad que impide que el socio mayoritario pueda imponer sus derechos de mayoría en detrimento de los intereses del minoritario; respecto de las decisiones sobre materias que las partes consideraron trascendentales para la conducción y ejecución del negocio que normalmente presenta bajo su riesgo el proponente privado previo análisis técnicos y financieros de viabilidad.

En relación con los acuerdos de socios, la posibilidad de su realización en el Ecuador se rige por el principio de autonomía de la libertad (arts. 66, numeral 29, letra d, de la Constitución y 8 y 11 del Código Civil 2005), por lo que, siempre que los pactos sociales no se mantengan reservados (art. 146 de la LC), estos acuerdos no tienen más límites que aquellos expresamente establecidos en la ley, la imposibilidad de restringir la circulación de las acciones (arts. 189 y 191 de la LC) o la estipulación de preferencias que tiendan al pago de intereses o dividendos fijos, a excepción de dividendos acumulativos (art. 170 de la LC). Además de la complejidad de la relación (que inicialmente parecería una necesidad en caso de que exista una aportación efectiva en numerario por parte del socio público), el principal problema de esta forma de asocio está ligado con el esquema de control de las decisiones —a cargo del socio privado— que impliquen (por vía de costos y gastos) cualquier variación en el resultado de la entidad con la que se instrumenta el asocio.

La experiencia general indica que, en una relación de largo plazo, la racionalidad de los costos y gastos en que incurre el socio a cargo de las decisiones de gestión se suele disputar. Además, tales disputas no necesariamente tienen origen en el socio público (que podrían controlarse contractualmente), sino en el criterio de presunción subjetivo de los servidores a cargo de las auditorías gubernamentales en los entes de control sobre la gestión de este socio público (i. e., la Contraloría General del Estado), aspectos, estos últimos, sujetos a la ley y sobre los que no existe mecanismo de atenuación por vía contractual y que al igual que cualquier responsabilidad tiene como consecuencia la imposición de responsabilidad administrativas; civiles e incluso indicios de responsabilidad penal, únicamente por la subjetividad de criterios de quienes se encuentran cumpliendo una función estatal dentro del órgano de control.

Principalmente por las dos razones expuestas, se ha de preferir siempre, la estructuración legal más simple y estable, en la que, se reduzcan los factores de riesgo, tanto para el socio público (sujeto legalmente al control de la Contraloría General del Estado), como para el socio privado. La simplicidad de la estructura ha de buscar siempre criterios objetivos y preconstituidos para la determinación de los derechos y obligaciones entre las partes. Por ejemplo, el nivel de participación del socio privado no debe tener origen en eventos futuros (luego de la celebración del contrato), si estos no se llegan a fijar a través de registros públicos, tales como los ingresos facturados y declarados mensualmente, con ocasión del cumplimiento de las obligaciones formales en materia de impuesto al valor agregado.

Asocio puramente contractual

Los arts. 35 y 42 de la LOEP habilitan: (a) mecanismos de asocio puramente contractuales, v. gr., alianzas estratégicas y, en general, acuerdos de asocio; y, (b) formas de financiamiento de las actividades vinculadas a su objeto empresarial, entre las que se cuentan, las rentas que se puedan obtener de sus activos. Con este fundamento, es posible concebir un asocio puramente contractual de la empresa pública con un socio privado del que no se desprenda un sujeto de Derecho en el que los asociados coparticipen en su capital.

En este sentido es importante establecer y enunciar las ventajas de este tipo de estructuras, desde la perspectiva jurídica por medio de: a.- Reducción de tiempos en la estructuración de la operación: esta alternativa de estructura, al no existir aportación en numerario o en especie, los plazos exigidos para cumplir requisitos legales y de trámite son más cortos una vez adjudicado el contrato. b.- Simplicidad: la estructuración jurídica se limita al proceso de subasta de selección del socio privado y la preparación y suscripción del contrato principal de asocio que regula la relación entre el socio público y el socio privado. No obstante, deben revisarse con carácter previo los contratos (de fletamento principalmente) relacionados con los flujos esperados para determinar si se procederá a una asunción de los derechos de los contratos vigentes por parte del socio privado o a la suscripción de nuevos contratos y c.- Temporalidad: la operación sería temporal y estaría vinculada al período de vigencia previsto en el contrato de asocio. En el caso de un asocio institucional el proceso de liquidación y cancelación del ente exige mayores cargas transaccionales.

Selección del socio privado

En Ecuador en el art. 35 de la LOEP nada dice en relación con el procedimiento de selección del socio privado en los mecanismos asociativos, distintos a la constitución de una compañía de economía mixta. En cualquier caso, por extensión, ha de emplearse el mecanismo de concurso en virtud del principio de transparencia, mucho más cuando del contrato o convenio asociativo se pueden desprender reglas de contratación de bienes, servicios y obras en el régimen especial previsto en el art. 34, n. 2, de la LOEP.

En lo fundamental, el art. 35 de la LOEP, determinó que le corresponde al directorio de la empresa pública establecer los requisitos y el procedimiento de selección del socio privado, pero siempre haciendo referencia a la constitución de una empresa de economía mixta. Aunque

de la aplicación literal de la norma, cualquier otra forma de socio en cuanto a los requisitos y procedimiento no estaría sujeta a la aprobación y/o autorización del directorio, dado que el Proyecto supone (i) el empleo de un activo empresarial (con acto de disposición, si se emplea el mecanismo de usufructo para constituir derechos reales sobre el Activo Relevante) y (ii) la celebración de un contrato de socio, cuyo modelo debe constar en las bases del procedimiento y ser aprobado previa su suscripción por el directorio, la intervención de este órgano aprobando los términos de la transacción, incluido el procedimiento de selección del socio privado, se hace necesario para eliminar todo riesgo legal originado en la interpretación de esta norma.

Debe notarse que, el Directorio debe autorizar el inicio de los procesos asociativos, si no se encuentra autorizado legalmente a través de acto resolutivo por parte del Directorio, cuando la inversión del proyecto supere el valor dispuesto por el mismo, monto que en el contexto del Proyecto ejemplificativo dependería de la valoración del derecho de explotación del Activo Relevante, por ejemplo, si se opta como se recomienda no intervenga con la aportación en numerario, dentro de un esquema asociativo puramente contractual. En este contexto, con el objeto de cumplir la norma secundaria y, al mismo tiempo, reducir todo riesgo derivado de la determinación del alcance de las normas de competencia, resulta relevante someter al conocimiento y autorización del directorio el pliego de bases con el modelo de contrato, antes del concurso público.

Por otra parte, es necesario precisar que la formulación del Proyecto obedecería al régimen de la iniciativa privada, regulada para propósitos de los socios con la EP. Los pasos del procedimiento, antes del concurso público, y los requisitos documentales deben enumerarse con el objeto de pulir a través de lineamientos claros la figura de acuerdos asociativos y las alianzas público-privadas para construir e Implementar lineamientos general para la consecución de una app que deba de considerarse previo a la suscripción de los contratos de gestión delegada he inversión para obtener y cumplir con el principio de seguridad jurídica previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

CONCLUSIONES

La estructura legal de la transacción ejemplificada comentada en los párrafos precedentes es jurídicamente viable. Esta incluye únicamente dos contratos: (i) «Acuerdo Asociativo»; «Alianza Publico Privada») en el que se regulan todos los aspectos de la relación de socio; y, (ii) Contrato de usufructo, según el cual, la EP y otorga este derecho real a favor del vehículo empresarial, con

objeto exclusivo, que el socio privado constituye para el desarrollo del Proyecto. Adicionalmente a estos contratos, se espera que se pueda suscribir un contrato de inversión.

Para la definición del mecanismo para la transferencia del derecho de aprovechamiento del Activo Relevante al socio privado conviene examinar los efectos económicos en la operación, especialmente por el hecho de que los beneficios distribuibles al socio público, de acuerdo con el modelo recomendado constituye un gasto que debe ser facturado periódicamente. En cualquier caso, desde una perspectiva puramente legal-transaccional, la fórmula de la constitución del usufructo sobre el Activo Relevante, al menos, asegura la estabilidad de la relación entre la EP y el Socio Privado durante la vigencia del («Acuerdo Asociativo»; «Alianza Publico Privada»), el cual facilita las operaciones de crédito a cargo del Socio y reduce el riesgo político.

Es importante considerar que la estructuración de una compañía mixta, es un ruta que a criterio jurídico de quien realiza esta investigación, genera mayores complicaciones en una relación de largo plazo, no solo por el régimen jurídico aplicable a la toma de decisiones, sino por la carga pública de realizar un control adicional sobre costos y gastos del emprendimiento, para que el socio público pueda rendir cuentas de su gestión ante la Contraloría General del Estado, ya que efectivamente los recursos públicos son auditados por el ente de control y existe menor flexibilidad en la ejecución de cada uno de los procedimientos que se requiere para la transacción. Por la misma razón expuesta, proyectar el beneficio esperado por el socio público como un porcentaje del ingreso neto de acuerdo con el Plan de Negocios previamente aprobado, facilita el proceso de control y asegura estabilidad y seguridad jurídica al inversionista.

REFERENCIAS

- Arcos, F. (2012). Principio de Seguridad Jurídica. Madrid: Edición del Autor
- Constitución de la República del Ecuador (2008). Asamblea Nacional de la República del Ecuador. <https://www.cosede.gob.ec/wp-content/uploads/2019/08/CONSTITUCION-DE-LA-REPUBLICA-DEL-ECUADOR.pdf>
- Codificación del Código Civil (2005). Asamblea Nacional de la República del Ecuador. <https://www.quito.gob.ec/lotaip2013/a/CodigoCivil2005.pdf>
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. (2010). https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_org.pdf
- Estrada, J. (2002). "Colección Lecturas Jurídicas". La teoría del servicio público en el derecho mexicano., Revista de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional Autónoma de México), no 5: 12
- Ley de Compañías (1999). Asamblea Nacional de la República del Ecuador. https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wpcontent/uploads/2018/02/ley_de_companias.pdf
- Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera. art. 8., 8. (Ecuador. 2015). <https://n9.cl/wgku2>
- Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009). Asamblea Nacional de la República del Ecuador. <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/>

[gob.ec/wp-content/uploads/2017/05/LEY-ORGANICA-DE-EMPRESAS-PUBLICAS.pdf](https://www.gob.ec/wp-content/uploads/2017/05/LEY-ORGANICA-DE-EMPRESAS-PUBLICAS.pdf)

Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2015), Asamblea Nacional de la República del Ecuador.

<https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/05/Ley-Org%C3%A1nica-de-Telecomunicaciones.pdf>

Ley Orgánica para el fomento productivo, atracción de inversiones, generación de empleo y estabilidad equilibrio fiscal (2018). https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-09/Documento_Ley-Org%C3%A1nica-Fomento-Productivo-Atracci%C3%B3n-Inversiones.pdf

Matilla, A. (2008). "Derecho administrativo y servicio público. trazos inconclusos desde una perspectiva histórica", en Actualidad de

los servicios públicos en Iberoamérica. En A. Matilla, Derecho administrativo y servicio público. trazos inconclusos desde una perspectiva histórica (pág. 709. 386). MEXICO DF: Universidad Nacional Autónoma de México

Oleas, D. (2017) Alianzas público-privadas y desarrollo territorial, Quito: Ediciones Abya Yala.

Plan Nacional de Desarrollo (2017-2021). Secretaria de Planificación y Desarrollo SENPLADES https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/10/PNBV-26-OCT-FINAL_0K.compressed1.pdf

Real Instituto de la Lengua Española (s/f) Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/servicio-p%C3%ABlico>