

LAS CONCESIONES COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN PÚBLICA

COLECCIÓN
UISEK
UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL SEK

Ángel Fabián Albán de Sá
Fernando André Rojas Yerovi

**Las Concesiones como Herramienta de Gestión Pública. Análisis Jurídico y Comparado
Estudio del marco legal, la práctica y la doctrina sobre concesiones en Ecuador y la región**

Comité Editorial Universidad Internacional SEK Ecuador:

PhD. Raimon Salazar Bonet, Rector
PhD. Esteban Andrade Rodas, Vicerrector
PhD. Juan Carlos Navarro Castro, Director de Investigación
Dra. Carmen Amelia Coral Guerrero, Presidenta
PhD. Violeta Rangel, Secretaria
PhD. Yamirlis Gallar, Coordinadora de revisión de estilo
MSc. Alexandra Fuertes, Asistente ejecutiva

ISBN-978-9942-808-88-2

Autores:

Ángel Fabián Albán de Sá
Fernando André Rojas Yerovi

Todos los derechos reservados

Universidad Internacional SEK

Diseño e impresión

Trama ediciones
Quito, diciembre 2025

Albán de Sá, Ángel Fabián

Las Concesiones como herramienta de gestión pública. Análisis jurídico y comparado estudio del marco legal, la práctica y la doctrina sobre concesiones en Ecuador y la región / Ángel Fabián Albán de Sá; Fernando André Rojas Yerovi – 1ra. ed.—Quito: Universidad Internacional SEK, 2025

266 pág.

ISBN-9789942808882

I. Concesiones administrativas. II. Servicios públicos. III. Derecho administrativo IV. Ecuador

CDD: 342.066

Las Concesiones como Herramienta de Gestión Pública

Análisis Jurídico y Comparado
Estudio del marco legal, la
práctica y la doctrina sobre
concesiones en Ecuador y la
región

Autores:

Ángel Fabián Albán de Sá
Fernando André Rojas Yerovi

ÍNDICE

Introducción	8
PARTE I: Historia de las concesiones y sistemas comparados	11
1. Historia de las concesiones	11
1.1 De la Antigüedad al Medioevo	12
1.2 La Edad Moderna	9
1.2.1 La Compañía Británica de las Indias Orientales	15
1.2.2 La Compañía Neerlandesa de las Indias Orientales	16
1.2.3 El Canal du Midi: una concesión real en la Francia moderna	18
1.3 América Latina en el siglo XX	19
1.3.1 La United Fruit Company	20
1.3.2 El Canal de Panamá	21
1.4 En Ecuador	23
1.4.1 1964–1979: marco fundacional de las concesiones en infraestructura vial	29
1.4.2 1993–1994: consolidación legal de la delegación de servicios públicos	30
1.4.3 2008–2020: consolidación constitucional y normativa del régimen concesionario	31
2. Derecho comparado	32
2.1 Chile	32
2.2 Perú	38
2.3 Colombia	45
2.4 Sistemas anglosajones	49
3. Síntesis crítica del derecho comparado en materia de concesiones	52
3.1 Convergencias latinoamericanas	53
3.2 Institucionalidad comparada	53
3.3 Procedimientos de adjudicación y competencia	54
3.4 Contrato de largo plazo y gestión del riesgo	55
3.5 Equilibrio económico-financiero	55
3.6 Resolución de controversias	56
3.7 Sistemas anglosajones: competencia, regulación independiente y excepcionalidad del monopolio concesional	56
3.8 Balance crítico y articulación con las conclusiones	57

PARTE II: Aspectos jurídicos y administrativos de las concesiones	61
4. Naturaleza jurídica	61
4.1. Los bienes o servicios públicos administrados por el Estado	62
4.2. Los bienes públicos de la concesión	63
4.3. Los servicios públicos de la concesión	67
4.4. Sectores estratégicos y concesión de bienes públicos	70
4.5. Análisis de los sectores estratégicos	74
5. Competencias del Estado	78
5.1. Principio de excepcionalidad de la delegación	84
5.2. En materia del servicio público de vialidad	89
5.3. En materia de infraestructura portuaria	91
5.3.1. Modelo Land-Lord	91
5.3.2. Modelo de servicio	92
5.4. En materia de infraestructura aeroportuaria	95
5.5. En materia del servicio público de transporte	97
5.6. En materia de salud	100
5.7. En materia del servicio de electricidad	103
5.8. En materia del agua	111
5.9. En materia de vivienda	114
5.9.1. Casos de éxito en concesiones de vivienda	116
5.10. En materia del espectro radioeléctrico y telecomunicaciones	118
5.10.1. Radiodifusión sonora: competencia sobre radios, AM y FM	119
5.11. En materia del sector de hidrocarburos	121
5.12. En materia del sector minero	124
5.13. Sobre de las empresas públicas	127
5.13.1. El caso especial del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	131
5.14. El caso del Cuerpo de Ingenieros del Ejército	132
PARTE III: Estructuración de los proyectos de concesiones	135
6. Generalidades	135
6.1. Análisis de vialidad	140
6.1.1. Modelos de estructuración	141
6.1.2. El modelo DBOT	141
6.1.3. Swiss Challenge	146

6.14. Empresas mixtas y joint ventures	148
6.15. Modelos con anteproyecto estatal	150
6.2. Evaluación de la viabilidad en proyectos de concesión	152
6.2.1. Análisis técnico en proyectos de concesión	154
6.2.2 Análisis legal en proyectos de concesión	157
6.2.3. Análisis económico en proyectos de concesión	162
6.3. Formulación del proyecto	164
6.4. El financiamiento	167
6.4.1. Análisis de los ingresos	170
6.4.1.1. Sobre los ingresos	170
6.4.1.2. Ingresos suficientes	171
6.4.1.3. Ingresos insuficientes	174
6.4.2 Análisis de los incentivos económicos	175
6.4.2.1. Sobre la entrega de infraestructura y/o pago de un porcentaje de la obra	177
6.4.2.2. Sobre la disponibilidad del servicio	178
6.4.2.3. Análisis de conveniencia, evaluaciones y resoluciones	180
6.4.3. Lógica formal del valor por dinero (VfM)	181
6.4.3.1. Aplicación de la lógica formal del Valor por Dinero (Value for Money) a los proyectos de concesión	184
6.5. El procedimiento de selección	187
6.5.1. Procedimiento de selección para PPP	191
PARTE IV: Contratos y riesgos	195
7. Contratos de concesión	195
7.1. Algunas definiciones	196
7.2. Etapas del contrato de concesión	199
7.3. Estructura del contrato de concesión	202
7.3.1. Título del contrato	202
7.3.2. Preámbulo	203
7.3.3. Justificación y antecedentes del contrato de concesión	204
7.3.4. Objetivos y beneficios del contrato de concesión	205
7.3.5. Fundamentos legales	206
7.3.6. Declaraciones y antecedentes	206
7.3.7. Definiciones	208
7.3.8. Objeto del contrato	211
7.3.9. Plazo de la concesión	212
7.3.10. Obligaciones del concesionario	213
7.3.11. Obligaciones de la entidad concedente	214

7.3.12. Régimen económico y financiero	215
7.3.13. Garantías y seguros	216
7.3.14. Mecanismos de supervisión y control	218
7.3.15. Principios	221
7.3.16. Servicios conexos del concesionario	223
7.3.17. Step-In Rights en los contratos de concesión	225
7.3.18. Régimen de sanciones	227
7.3.19. Resolución de controversias en los contratos de concesión	228
7.3.20. Régimen de bienes	231
7.3.21. Restitución del equilibrio económico financiero (REEF)	232
8. Distribución de riesgos	234

PARTE V: Jurisprudencia 251

9. Jurisprudencia relevante sobre las concesiones en el Ecuador	251
9.1. Sentencia No. 17-2024: Exoneración del impuesto a la renta en zonas francas y derechos adquiridos en concesiones	251
9.2. Sentencia No. 003-09-SIN-CC: Naturaleza pública de las tasas aeroportuarias y los límites constitucionales en los contratos de concesión	253
9.3. Sentencia No. 273-19-JP/22: Estándares vinculantes sobre el derecho a la consulta previa en casos de concesión minera	255
9.4. Sentencia No. 82-21-IN/25: Reversión de bienes afectos a servicios públicos en contratos de concesión del sector eléctrico	256
9.5. Sentencia No. 029-15-SIN-CC Inconstitucionalidad de tasas municipales que afectaban concesiones en el sector de telecomunicaciones	258
9.6. Dictamen No. 1-20-CP/20: Consulta popular, actividades extractivas y el principio de intangibilidad de derechos adquiridos	259
Bibliografía	263

INTRODUCCIÓN

Las concesiones y los proyectos de participación público-privada, (PPP por sus siglas en inglés) constituyen instrumentos jurídicos y económicos esenciales para la provisión de infraestructura y la prestación de servicios públicos, especialmente en aquellos contextos en los que la gestión directa por parte del Estado enfrenta restricciones financieras, técnicas o de capacidad administrativa (Yescombe, 2018; Banco Interamericano de Desarrollo [BID], 2020). Estos mecanismos permiten al Estado organizar colaboraciones estructuradas con el sector privado, bajo marcos normativos que buscan garantizar la protección del interés público, la inversión pública y privada, la eficiencia, la sostenibilidad y la transparencia.

Desde la perspectiva del derecho público, las concesiones y las PPP se encuentran en la confluencia de diversas ramas jurídicas, tales como el derecho administrativo, el derecho constitucional, el derecho económico y el derecho internacional de las inversiones (Gómez Segade, 2002; Grimsey & Lewis, 2002). Su estudio, por tanto, requiere una aproximación interdisciplinaria que no solo atienda a los aspectos normativos, sino también a las dimensiones históricas, económicas y políticas que configuran su evolución y aplicación.

En Ecuador, el régimen jurídico de las concesiones y las asociaciones público-privadas ha atravesado un proceso de transformación significativo en las últimas décadas, impulsado por reformas constitucionales, modificaciones legales y la adaptación de prácticas contractuales a las tendencias internacionales (Ponce-Jácome, 2015). Sin embargo, a pesar de su creciente relevancia, persiste una escasez de estudios sistemáticos y críticos que examinen de manera integral su desarrollo, estructura normativa, funcionamiento operativo y principales desafíos.

Este libro tiene como objetivo contribuir a la comprensión de las concesiones y las PPP, mediante un análisis académico riguroso que combine la revisión histórica, el estudio del marco normativo vigente, el análisis comparado con otros sistemas jurídicos, la evaluación económica-financiera y la identificación de oportunidades de mejora para el fortalecimiento del régimen nacional. La revisión histórica permite identificar los factores políticos, económicos y jurídicos que han condicionado la evolución del modelo concesional en el país, aportando claves para entender sus aciertos, limitaciones y resistencias a lo largo del tiempo. Asimismo, facilita la apropiación de conceptos claros y necesarios para un análisis crítico y fundamentado del régimen actual.

Su propósito fundamental es doble. Por un lado, busca ofrecer a la comunidad académica, a los operadores jurídicos, a los funcionarios públicos y a los actores privados una herramienta de consulta rigurosa, actualizada y comprensiva sobre el régimen jurídico de las concesiones y las PPP. Por otro lado, pretende contribuir al debate y la reflexión sobre la optimización de este modelo, desde una perspectiva de eficiencia, transparencia, sostenibilidad y protección del interés público.

La investigación requirió la aplicación de una metodología de carácter mixto, integrando herramientas cualitativas y cuantitativas, con los siguientes componentes:

- análisis histórico-documental, orientado a comprender la evolución de las concesiones desde la antigüedad hasta su configuración actual.
- revisión sistemática del marco normativo nacional, abarcando las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias para regular las concesiones y las PPP.
- estudio comparado, mediante el análisis de modelos normativos y contractuales en otras jurisdicciones de América Latina y del common law, con el propósito de identificar buenas prácticas y lecciones aprendidas.
- evaluación económico-financiera, centrada en los modelos de financiamiento, la asignación de riesgos, las garantías de inversión y los mecanismos de sostenibilidad económica.

- estudios de caso, con el propósito de ilustrar la aplicación práctica de los contratos de concesión y PPP en sectores estratégicos como infraestructura vial, portuaria, aeroportuaria, energía, telecomunicaciones y salud.

Por último, se reconoce que, si bien el presente trabajo busca ofrecer un análisis exhaustivo y riguroso, está condicionado por la disponibilidad de información histórica y estadística, así como por la naturaleza dinámica de la legislación y las políticas públicas en materia de concesiones y PPP. Aunque el estudio incorpora análisis comparados internacionales, el foco principal se mantiene en el contexto ecuatoriano, lo que permite profundizar en la especificidad de su marco normativo y su realidad administrativa.

Finalmente, Fernando, en calidad de coautor de este libro, limitó su participación en proporcionar orientación metodológica y en contribuir a la corrección de estilo y contenidos, con el propósito de garantizar la coherencia, claridad y rigor académico del texto. Su labor ha consistido en ofrecer pautas generales para la estructuración de la investigación, asegurando que el enfoque metodológico mixto —que combina análisis histórico-documental, revisión normativa, estudio comparado, evaluación económico-financiera y estudios de caso— cumpla con estándares académicos.

Asimismo, ha colaborado en la revisión estilística y formal del contenido, sugiriendo ajustes para mejorar la precisión del lenguaje técnico, la fluidez narrativa y la consistencia en la presentación de los argumentos, particularmente en la introducción y en las secciones analíticas. Su aporte no incluye la autoría directa de los contenidos sustantivos, únicamente su complementación, los que son de la creación exclusiva de Fabián, a quien corresponde íntegramente el contenido del libro, incluyendo los desarrollos teóricos y las reflexiones críticas.

Esta colaboración ha buscado fortalecer la calidad general del libro como una herramienta de consulta académica y profesional, manteniendo el enfoque en la optimización del modelo de concesiones y PPP desde una perspectiva de eficiencia, transparencia y protección del interés público.

Parte I

Historia de las concesiones y sistemas comparados

1. Historia de las concesiones

El fenómeno de las concesiones no es exclusivo de la era contemporánea, sino que tiene profundas e importantes raíces históricas que se remontan a la Antigüedad. Desde civilizaciones como la romana, pasando por el orden feudal medieval, hasta los estados modernos, las concesiones han constituido un mecanismo mediante el cual las autoridades delegan funciones económicas clave —como la explotación de recursos, la construcción de infraestructura o la prestación de servicios— a actores privados bajo condiciones reguladas (Grant, 1978; Johnson, 2015).

Esta práctica ha adoptado múltiples formas a lo largo del tiempo, entre ellas la exclusividad regulada y el monopolio legal, reflejando tanto la evolución del poder estatal como las dinámicas entre lo público y lo privado.

La exclusividad regulada se refiere a la autorización otorgada por el Estado a una entidad privada para operar en exclusiva dentro de un sector o territorio específico, bajo condiciones establecidas por la administración pública. Este modelo fue común en sectores estratégicos como transporte, energía o telecomunicaciones, en los que se requerían altos niveles de inversión y supervisión (Lewis, 2010).

Por su parte, el monopolio legal implica que el gobierno concede a un solo operador el derecho exclusivo a producir o suministrar determinados bienes o servicios, generalmente en sectores sensibles o de interés público, como el agua

potable, la electricidad o las comunicaciones. Aunque esta figura ha sido útil para garantizar cobertura y control estatal, también ha generado controversias en torno a la competencia y la calidad del servicio (Brown, 2003).

Este capítulo ofrece un recorrido histórico por la evolución de las concesiones, ilustrando cómo estos instrumentos han sido empleados por distintas formas de organización estatal para equilibrar intereses públicos y privados en distintas épocas y regiones del mundo.

11 De la Antigüedad al Medioevo

A lo largo del tiempo, la concesión ha sido una herramienta utilizada por distintas formas de organización estatal para delegar, bajo condiciones definidas, el uso o gestión de recursos y servicios. Desde los sistemas centralizados del Egipto faraónico, pasando por el orden jurídico-administrativo romano, hasta las estructuras descentralizadas del feudalismo medieval, esta figura adoptó distintas expresiones, pero conservó ciertos elementos constantes: la entrega de derechos de uso o explotación, el cumplimiento de obligaciones específicas y la existencia de mecanismos de formalización y control. Pese a sus diferencias contextuales, todas estas experiencias comparten una lógica común: permitir que actores privados o subordinados participen en funciones que el poder público considera estratégicas. Esta continuidad histórica ofrece claves importantes para entender el sentido y los desafíos de los regímenes concesionales contemporáneos, cuyo diseño normativo y contractual responde, en buena medida, a problemas ya conocidos y tratados en otras épocas.

Lejos de ser una figura propia de la modernidad jurídica, el régimen de concesiones encuentra sus raíces en prácticas milenarias que articularon relaciones entre el poder político y los actores económicos a lo largo de diversas civilizaciones. Desde la Antigüedad hasta la consolidación de los Estados modernos, las concesiones han constituido un mecanismo mediante el cual las autoridades —ya fueran faraones, emperadores o señores feudales— delegaron funciones estratégicas, territorios o recursos a particulares bajo condiciones reguladas. Esta evolución revela que la concesión ha sido históricamente una herramienta jurídica y política para viabilizar la participación privada en actividades de inte-

rés público, especialmente en contextos de expansión territorial, organización fiscal o explotación de recursos naturales.

En el Antiguo Egipto, las concesiones de tierras a funcionarios y veteranos militares fueron utilizadas para asegurar la estabilidad política y promover el desarrollo agrario. Estas se formalizaban a través de documentos oficiales como el Papiro Wilbour y la Estela de Kawa, que registraban los derechos otorgados y las obligaciones fiscales y laborales de los beneficiarios. Aunque no existía una noción contractual moderna, estos instrumentos cumplían funciones jurídicas similares al establecer condiciones de uso, cargas tributarias y mecanismos de herencia (Gardiner, 1941; Grimal, 1992; Moreno García, 2016). El uso de escrituras públicas, sellos reales y sistemas de archivo muestra una temprana preocupación por la legalidad y la trazabilidad de estos actos, anticipando instituciones fundamentales del derecho administrativo actual.

Posteriormente, el Imperio Romano sistematizó el régimen concesional mediante contratos formalizados, especialmente bajo la figura de la *locatio conductio*, aplicable al arrendamiento de tierras públicas, la explotación de minas y la prestación de servicios públicos. A través de este mecanismo, el Estado romano delegaba temporalmente el uso de bienes públicos bajo condiciones expresamente estipuladas, incluyendo duración, canon, obligaciones del arrendatario y mecanismos de control (Grant, 1978; Zimmermann, 1996). El sistema de concesiones también fue un pilar de la política de colonización y romanización, permitiendo establecer veteranos en provincias recién conquistadas y asegurar la explotación efectiva de los recursos imperiales (Mann, 1956; Roselaar, 2010). Los contratos eran registrados en tablillas de bronce o cera, custodiados por censores y autorizados con la intervención de testigos, consolidando una cultura jurídica del acuerdo documentado y vinculante.

Durante la Edad Media, el régimen de concesiones adoptó formas diferentes bajo la lógica feudal. Los feudos, otorgados por reyes, duques o condes a sus vasallos, no eran contratos en el sentido clásico, pero sí implicaban vínculos jurídicos y personales de lealtad, servicio militar y obligaciones fiscales. Estas concesiones se legitimaban mediante ceremonias solemnes —como el *homage* y el juramento de *fealty*— y eran documentadas en cartas de concesión conservadas en archivos eclesiásticos o señoriales (Bloch, 1961; Bisson, 1994). El

feudo no solo representaba una unidad económica y productiva, sino también una fuente de autoridad territorial sobre los habitantes, estructurando redes jerárquicas de poder y dependencia.

A su vez, en este mismo periodo surgieron formas más técnicas de concesión, particularmente en el ámbito de la minería. Las monarquías europeas, conscientes del valor estratégico de los recursos minerales, comenzaron a emitir privilegios reales y cartas patentes que otorgaban a particulares el derecho de explorar y explotar yacimientos bajo condiciones de rentabilidad compartida y control estatal. Este modelo, fundado en el principio del dominio eminente del subsuelo, permitía al soberano mantener la propiedad última de los recursos, mientras delegaba la gestión y asunción de riesgos a concesionarios privados (Graulau, 2011; Grau Mira, 2004). Las Ordenanzas de Minería y los registros notariales mineros reflejan una creciente institucionalización del régimen concesional, que anticipa los sistemas modernos de licencias y permisos administrativos.

1.2 La Edad Moderna

La Edad Moderna, comprendida entre mediados del siglo XV y finales del siglo XVIII, constituye un periodo de transformaciones políticas, sociales, económicas y culturales que sentaron las bases del Estado moderno y del orden internacional contemporáneo. Este periodo se inicia tradicionalmente con la caída de Constantinopla en 1453 o el descubrimiento de América en 1492, y finaliza con la Revolución Francesa en 1789 o, para algunos historiadores, con la independencia de los Estados Unidos en 1776 (Burke, 1990, pp. 11–13).

En el ámbito europeo, la consolidación de las monarquías absolutas permitió el fortalecimiento del poder estatal frente a los señores feudales y la Iglesia. Este proceso dio lugar al surgimiento de estados centralizados, que comenzaron a regular de manera más efectiva las actividades económicas y políticas en sus territorios. Asimismo, la Reforma protestante y la posterior Contrarreforma no solo transformaron el mapa religioso de Europa, sino que también incidieron en las relaciones entre las instituciones religiosas y las estructuras estatales (Elliott, 1991, pp. 27–34; Parker, 1996, pp. 41–45).

El auge de las exploraciones marítimas llevó al establecimiento de vastos imperios coloniales, en especial por parte de España y Portugal, que expandieron su influencia sobre América, Asia y África. En este contexto, la Corona española implementó un sistema de concesiones y licencias que otorgaba derechos de explotación de recursos y tierras a particulares, como ocurrió con las encomiendas y las capitulaciones de conquista, instrumentos jurídicos mediante los cuales se regulaba la relación entre el Estado, los conquistadores y los territorios colonizados (Haring, 1963, pp. 28–35; Zavala, 1971, pp. 41–45).

Durante la Edad Moderna, el proceso de expansión colonial europea se articuló, en parte, mediante la concesión de derechos y privilegios a compañías comerciales que operaban en territorios coloniales. Estas concesiones resultaron fundamentales para financiar la exploración, el comercio y la consolidación de la presencia imperial en regiones estratégicas. Entre las experiencias más significativas se encuentra la de la Compañía Británica de las Indias Orientales, cuyo papel fue determinante en el comercio y la administración colonial británica en Asia.

1.2.1 La Compañía Británica de las Indias Orientales

La Compañía Británica de las Indias Orientales (East India Company, EIC) fue constituida el 31 de diciembre de 1600 mediante una carta real otorgada por la reina Isabel I, la cual le concedía el monopolio del comercio británico en Asia Oriental y del Sur. Este documento jurídico no solo autorizaba el comercio de productos como especias, té y seda, sino que también facultaba a la compañía para establecer puestos comerciales y rutas estratégicas a lo largo del océano Índico (Keay, 1993, pp. 23–27).

A lo largo de los siglos XVII y XVIII, la EIC renegoció y amplió diversas concesiones con el gobierno británico, fortaleciendo su monopolio comercial y sus atribuciones político-administrativas. Estas concesiones se formalizaban en forma de estatutos reales, renovaciones de privilegios y licencias específicas que delineaban sus responsabilidades fiscales, militares y jurídicas en los territorios donde operaba (Dalrymple, 2019, pp. 45–49). En este sentido, los instrumentos jurídicos otorgados por la Corona británica sirvieron como base legal para que la compañía actuara no solo como agente económico, sino tam-

bién como representante cuasi-soberano del Imperio en Asia (Stern, 2012, pp. 12–15).

Con el tiempo, la EIC trascendió su función mercantil para asumir un rol gubernamental en regiones clave del subcontinente indio. La compañía organizó sus dominios en presidencias administrativas —como Madrás, Bombay y Bengala— donde ejercía funciones de gobierno civil, recaudación de impuestos y administración de justicia bajo las prerrogativas delegadas por la Corona (Stern, 2012, pp. 88–92). Esta estructura institucional evidenciaba el carácter híbrido de la compañía como corporación comercial y entidad política.

Además, la compañía desarrolló y mantuvo su propio ejército privado, inicialmente compuesto por mercenarios y más adelante por soldados nativos conocidos como sepoys. Este aparato militar, que llegó a superar los 200.000 efectivos, no solo protegía sus intereses comerciales, sino que también participaba activamente en guerras locales y campañas de expansión territorial, como la batalla de Plassey (1757) o la guerra de Mysore (Dalrymple, 2019, pp. 105–120). De esta manera, las concesiones otorgadas a la EIC adquirieron una dimensión bélica que fortaleció el proyecto imperial británico en Asia.

1.2.2 La Compañía Neerlandesa de las Indias Orientales

La Compañía Neerlandesa de las Indias Orientales (Vereenigde Oost-Indische Compagnie, VOC) fue fundada el 20 de marzo de 1602 mediante un acto de los Estados Generales de los Países Bajos, el cual le otorgó un monopolio comercial exclusivo para operar en Asia (Boxer, 1965, pp. 30–32). Este acto constitutivo funcionó como un contrato de concesión al conferirle derechos privilegiados para comerciar, colonizar y administrar territorios en las regiones asiáticas en nombre del Estado neerlandés.

La VOC operó bajo un complejo sistema de concesiones y privilegios otorgados tanto por los Estados Generales como por la Heeren XVII, la Junta de Directores de la compañía. Estos privilegios incluían el derecho exclusivo de establecer puestos comerciales, construir fortificaciones, acuñar moneda y ejercer funciones administrativas y judiciales en las zonas bajo su control (Gaastra, 2003, pp. 12–15). Estas prerrogativas no solo consolidaban su monopolio comercial, sino

que también le conferían competencias cuasi-gubernamentales, otorgándole un rol similar al de un Estado en las colonias asiáticas.

El monopolio conferido a la VOC abarcaba amplias regiones del sudeste asiático, incluyendo las islas de la actual Indonesia, así como enclaves en Japón, la India, Sri Lanka, Taiwán y China. Este privilegio le permitió controlar rutas comerciales clave de especias, seda, porcelana y productos orientales, lo que la convirtió en una de las corporaciones más ricas y poderosas de su tiempo (Boxer, 1965, pp. 76–82; Gaastra, 2003, pp. 24–28).

Además de su papel comercial, la VOC desempeñó funciones colonizadoras activas en el archipiélago indonesio y otras zonas, construyendo fuertes y asentamientos estratégicos que ampliaban su presencia territorial y facilitaban el control político neerlandés (Gaastra, 2003, pp. 31–36). Desde Batavia (actual Yakarta), la compañía actuaba como autoridad administrativa y judicial, gestionando los territorios bajo la supervisión directa de los órganos del Estado neerlandés.

Aunque no existió un único contrato de concesión con carácter general, como en el caso de la Compañía Británica de las Indias Orientales, la VOC operó bajo un conjunto de licencias, estatutos y regulaciones que delimitaban sus atribuciones fiscales, judiciales, militares y comerciales. Estas normas eran controladas por los Estados Generales, lo que garantizaba que sus actividades respondieran a los intereses de la República (Boxer, 1965, pp. 91–95).

Durante el siglo XVIII, la compañía enfrentó una creciente crisis institucional provocada por conflictos internacionales, competencia comercial, corrupción y mala administración. Esta decadencia culminó en su disolución oficial en 1799, momento en el cual sus posesiones fueron nacionalizadas por el Estado neerlandés (Gaastra, 2003, pp. 63–65).

El legado de la VOC fue fundamental tanto en Europa como en Asia. Su éxito comercial alimentó la economía de los Países Bajos durante la Edad Moderna, mientras que su aparato administrativo sentó las bases del futuro imperio colonial neerlandés. Además, su red de intercambios contribuyó a la circulación global de productos, personas y conocimientos, convirtiéndola en un precedente institucional del capitalismo corporativo globalizado (Boxer, 1965; Gaastra, 2003).

1.2.3 El Canal du Midi: una concesión real en la Francia moderna

El Canal du Midi constituye una de las obras de ingeniería civil más emblemáticas de la Edad Moderna en Europa. Construido entre 1666 y 1681 bajo la dirección del ingeniero Pierre-Paul Riquet, este canal conecta el río Garona en Toulouse con el mar Mediterráneo en la ciudad de Sète, estableciendo una ruta fluvial que evitaba la larga y peligrosa travesía marítima a través del Estrecho de Gibraltar (Guasch, 2004). Su principal objetivo fue facilitar el transporte de mercancías como granos, vino y otros productos agrícolas, promoviendo así el comercio y el desarrollo económico de la región de Languedoc.

La construcción del canal fue posible gracias a una concesión real otorgada por el rey Luis XIV, mediante la cual se autorizó a Riquet a financiar el proyecto a través de impuestos locales y peajes sobre el uso de la vía fluvial (Guasch, 2004). Este respaldo real no solo aseguró la viabilidad económica del proyecto, sino que también garantizó apoyo político y logístico, contando con el patrocinio directo de Jean-Baptiste Colbert, ministro de finanzas del monarca.

El Canal du Midi representó un hito técnico en la ingeniería de su época, incorporando innovaciones como esclusas en cadena, puentes-acueducto y túneles diseñados para superar las dificultades geográficas del terreno. Entre las soluciones más destacadas se encuentra el sistema de esclusas que permitía salvar diferencias considerables de altitud, facilitando la navegación continua a lo largo de su trayecto (Guasch, 2004). La obra involucró a miles de trabajadores, quienes enfrentaron retos significativos derivados de las condiciones geográficas y sanitarias de la región.

A lo largo de los siglos, el Canal du Midi ha mantenido su relevancia, no solo como infraestructura comercial, sino también como patrimonio cultural e histórico. En 1996, fue declarado Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO, en reconocimiento a su valor técnico, estético y cultural. Actualmente, el canal continúa siendo una vía navegable activa, principalmente orientada al turismo y la recreación, consolidándose como una referencia fundamental en la historia de la ingeniería civil y las concesiones estatales en Europa (Guasch, 2004).

1.3 América Latina en el siglo XX

Durante los siglos XIX y XX, diversos países de América Latina otorgaron concesiones a compañías extranjeras para la explotación de recursos naturales, particularmente petróleo, minerales y tierras agrícolas (Bulmer-Thomas, 2003, pp. 101–107). Estas concesiones se formalizaban mediante contratos que conferían a las empresas extranjeras derechos exclusivos de explotación y comercialización de dichos recursos, a cambio de contraprestaciones como regalías, pagos directos al gobierno y compromisos de inversión. Los contratos establecían de manera precisa los términos y condiciones bajo los cuales la empresa podía operar, así como las obligaciones y derechos de ambas partes involucradas.

Los contratos de concesión eran producto de negociaciones bilaterales entre el gobierno anfitrión y la compañía extranjera interesada. Estos acuerdos detallaban aspectos fundamentales como la duración de la concesión, los recursos específicos sujetos a explotación (petróleo, minerales, tierras agrícolas, entre otros), las regalías o pagos acordados al gobierno, y las obligaciones de la empresa en términos de inversión, infraestructura y desarrollo económico local.

En la mayoría de los casos, las concesiones otorgaban derechos exclusivos a la compañía sobre los recursos naturales dentro de un territorio delimitado, lo que impedía que otras entidades compitieran directamente en esas actividades económicas durante el periodo de vigencia del contrato. Esta exclusividad fortalecía la posición de las empresas extranjeras, pero también generaba críticas y tensiones en torno a la soberanía económica de los países concedentes.

Los contratos de concesión estaban sujetos a la legislación nacional y a regulaciones específicas impuestas por el gobierno del país receptor. Estas normativas establecían las condiciones legales, medioambientales y sociales bajo las cuales debía desarrollarse la explotación de los recursos, incluyendo las obligaciones de la empresa respecto a la protección ambiental y las responsabilidades laborales hacia las comunidades locales.

Algunos contratos incluían cláusulas de renovación condicionadas al cumplimiento de determinados requisitos por parte de la compañía, tales como el

cumplimiento de metas de inversión o producción. En otros casos, los contratos contemplaban mecanismos de terminación anticipada o revocación en caso de incumplimiento significativo de las obligaciones acordadas o de conflictos graves entre la empresa y el gobierno local.

Estas concesiones jugaron un papel clave en el desarrollo económico y la inserción de América Latina en los mercados internacionales, aunque también fueron objeto de críticas por su impacto en la soberanía nacional y las desigualdades socioeconómicas que promovieron en algunas regiones.

1.31 La United Fruit Company

La United Fruit Company (UFCO) fue constituida en 1899 en Estados Unidos, producto de la fusión entre la Boston Fruit Company y varias otras empresas bananeras con operaciones en el Caribe y Centroamérica (Bucheli, 2005, p. 15). Desde su origen, funcionó como una empresa privada de capital estadounidense, dedicada principalmente al cultivo, procesamiento y exportación de banano, aunque su influencia se expandió rápidamente al ámbito político, social y económico de varios países latinoamericanos.

Durante el siglo XX, la UFCO se consolidó como uno de los principales receptores de concesiones estatales en países como Guatemala, Honduras, Costa Rica, Nicaragua y Panamá. Estas concesiones, firmadas mediante contratos con los gobiernos anfitriones, le otorgaban derechos exclusivos de explotación agrícola y comercialización del banano, además de ventajas como exenciones fiscales, privilegios aduaneros, control sobre rutas ferroviarias y portuarias, y acceso preferente a tierras (Bucheli, 2005, pp. 44–85; pp. 60–65). Las condiciones favorables de estos contratos facilitaron su expansión y consolidación como actor económico dominante en la región.

El poder de la compañía trascendió lo económico. La UFCO ejerció una influencia determinante sobre los gobiernos locales, interviniendo directamente en asuntos políticos para proteger sus intereses comerciales. Este nivel de control dio origen al concepto de “repúblicas bananeras”, que describe regímenes fuertemente condicionados por intereses corporativos extranjeros (Chapman, 2007, pp. 67–68; p. 102). Además, los contratos incluían cláusulas sobre arren-

damientos, regalías, obligaciones laborales y derechos de exportación, configurando un marco jurídico favorable que limitaba la competencia local y consolidaba su hegemonía (Chapman, 2007, pp. 67–68).

Las prácticas laborales de la UFCO generaron importantes críticas, destacándose los bajos salarios, las duras condiciones de trabajo, la represión sindical y el desplazamiento forzoso de comunidades para expandir las plantaciones (Bucheli, 2005, pp. 44–85). Estas condiciones provocaron tensiones sociales y dieron lugar a movimientos de resistencia que desafiaron el modelo extractivista impuesto por la empresa.

La compañía mantuvo su carácter privado durante toda su existencia, cotizando en la bolsa de valores de Nueva York, hasta su fusión con AMK Corporation en 1970, momento en que pasó a llamarse United Brands Company (Bucheli, 2005, p. 172). Posteriormente, en 1984, fue adquirida por Carl Lindner Jr. y rebautizada como Chiquita Brands International, empresa que heredó gran parte de su estructura operativa y comercial (Bucheli, 2005, pp. 175–177).

Aunque la UFCO como entidad legal ya no existe, su legado permanece. La empresa impulsó el desarrollo de infraestructura regional —como puertos y ferrocarriles—, pero también promovió la concentración de tierras, la dependencia económica de los monocultivos y la inestabilidad política derivada de su intervencionismo. Su historia constituye un caso paradigmático del impacto profundo que las concesiones otorgadas a compañías extranjeras pueden tener sobre la soberanía, el desarrollo y la justicia social en América Latina.

1.3.2 El Canal de Panamá

En América Latina, las concesiones impulsaron la modernización de la infraestructura de transporte y logística. Ejemplos destacados incluyen las autopistas de peaje en México, Chile y Argentina, y la modernización de puertos en Brasil y Perú (Sánchez & Wilmsmeier, 2005, pp. 13–14). Sin embargo, también suscitó críticas por las tarifas elevadas para los usuarios finales y por las condiciones laborales impuestas por las empresas concesionarias, lo cual generó debates sobre su regulación y supervisión (Sánchez & Wilmsmeier, 2005, pp. 17–18).

El Canal de Panamá constituye uno de los casos más emblemáticos de concesión de infraestructura en América Latina. En 1903, Panamá otorgó a Estados Unidos una concesión para construir y operar el canal, tras la firma del Tratado Hay-Bunau-Varilla. Este tratado concedió a Estados Unidos derechos exclusivos para la construcción, administración y mantenimiento del canal a través de la Zona del Canal de Panamá, estableciendo la soberanía estadounidense sobre este territorio (McCullough, 1977, pp. 400–405; Greene, 2009, pp. 43–45).

La construcción del Canal de Panamá fue un desafío técnico monumental, que incluyó la excavación de millones de metros cúbicos de tierra, la construcción de esclusas y la implementación de soluciones innovadoras para superar las diferencias de altitud entre los océanos Atlántico y Pacífico. Finalizado en 1914, el canal transformó el comercio marítimo mundial al reducir significativamente el tiempo y la distancia de navegación entre ambos océanos (McCullough, 1977, pp. 615–620).

El acuerdo de concesión incluía derechos y obligaciones específicas. Estados Unidos obtuvo autoridad exclusiva de construir, operar y mantener el canal y la zona asociada a este, con control soberano efectivo en perpetuidad según el tratado inicial. El contrato también contemplaba la capacidad de Estados Unidos de establecer tarifas por el uso del canal y de ejercer control militar y administrativo en la zona (Greene, 2009, pp. 88–90).

No obstante, las tensiones políticas y sociales en Panamá, sumadas a la presión internacional, llevaron a la renegociación de este acuerdo. En 1977, el Tratado Torrijos-Carter estableció un proceso de transferencia gradual de la administración y control del canal a Panamá, proceso que culminó en 1999 con la entrega total de la operación a la Autoridad del Canal de Panamá (Parker, 2007, pp. 213–218).

El Canal de Panamá no solo ha sido esencial para el comercio internacional, sino que también simboliza la compleja relación entre concesiones de infraestructura, soberanía nacional y desarrollo económico en América Latina. Su historia refleja los desafíos y oportunidades de los modelos concesionales aplicados a infraestructuras estratégicas en la región.

1.4 En Ecuador

Durante el período colonial, el territorio que hoy constituye Ecuador formaba parte inicialmente del Virreinato del Perú y, a partir de 1717, del Virreinato de la Nueva Granada. En este contexto, las concesiones fueron un instrumento clave mediante el cual la Corona española otorgaba derechos exclusivos a individuos o empresas privadas para la explotación de recursos naturales, principalmente minerales, y para el establecimiento de grandes haciendas agrícolas (Pérez, 2010; Cueva, 2005). Estas concesiones tenían como objetivo financiar la economía colonial y asegurar el flujo de riquezas hacia España.

La minería constituyó una de las principales actividades económicas bajo el sistema de concesiones. La corona española otorgaba derechos exclusivos para la explotación de minas de oro, plata y otros metales preciosos a particulares o compañías capaces de asumir los costos de extracción y procesamiento (Cueva, 2005). Estas concesiones establecían obligaciones específicas, incluyendo el pago de tributos y regalías a la corona, así como el deber de mantener las operaciones mineras de acuerdo con las regulaciones imperiales.

Además de la minería, las concesiones agrícolas desempeñaron un papel significativo en la estructura económica colonial. Se otorgaban concesiones de tierras para el establecimiento de haciendas dedicadas al cultivo de productos como cacao, caña de azúcar y tabaco, destinados tanto al mercado interno como a la exportación (Pérez, 2010). Los titulares de estas concesiones adquirían el derecho exclusivo para operar las haciendas y comercializar sus productos, bajo la condición de cumplir con las obligaciones tributarias y mantener la productividad de las tierras.

Los contratos de concesión durante este período solían incluir los siguientes elementos fundamentales:

1. *derechos de la concesionaria*: autorización exclusiva para la extracción de minerales y el establecimiento de explotaciones agrícolas.
2. *obligaciones de la concesionaria*: pago de tributos y regalías a la corona, además de la responsabilidad de mantener y desarrollar las infraestructuras mineras o agrícolas.

3. *lazos y duración*: otorgamiento de las concesiones por períodos determinados, con posibilidad de renovación de cumplirse las condiciones establecidas.

4. *regulación de tarifas*: fijación de tarifas e impuestos regulados por la corona para asegurar el beneficio económico de la metrópoli.

5. *multas y penalizaciones*: contemplación de sanciones en los contratos por incumplimiento de las obligaciones, como la falta de pago o la negligencia en la administración de las explotaciones.

Este sistema de concesiones configuró las bases de la estructura económica y social de la colonia, sentando precedentes que continuaron influyendo en el desarrollo institucional y jurídico del Ecuador tras su independencia.

Tras la independencia de España en 1822, Ecuador adaptó el sistema de concesiones heredado de la colonia para promover la modernización de su infraestructura y la explotación de recursos naturales estratégicos, como el petróleo, que se consolidó como sector clave a partir del siglo XX (Rodríguez, 2018). Las concesiones otorgadas durante este período reflejaron las prioridades de los gobiernos ecuatorianos, combinando objetivos de desarrollo económico con la necesidad de atraer inversión extranjera.

A lo largo del siglo XIX y las primeras décadas del XX, Ecuador concedió derechos exclusivos a empresas privadas, nacionales y extranjeras, para la construcción y operación de infraestructuras estratégicas como ferrocarriles, puertos y carreteras. Estas concesiones buscaron mejorar la conectividad interna, facilitar el comercio exterior y articular regiones aisladas del territorio ecuatoriano, contribuyendo al proceso de integración económica nacional.

Las concesiones también jugaron un papel relevante en la explotación de recursos naturales, manteniendo la minería como sector importante y abriendo camino a la industria petrolera, que desde la segunda mitad del siglo XX se transformó en uno de los principales motores económicos del país (Rodríguez, 2018). Las concesiones en el sector energético facilitaron la entrada de empresas extranjeras con capacidad técnica y financiera para operar en territorios de difícil acceso, al tiempo que generaban regalías e ingresos fiscales para el Estado.

Las concesiones en Ecuador durante la etapa posindependencia no solo representaron un mecanismo para atraer inversión privada, sino también una herra-

mienta política para integrar el territorio, modernizar la economía y posicionar al país en el mercado internacional.

Durante el siglo XIX y las primeras décadas del XX, Ecuador experimentó un notable avance en su infraestructura, particularmente en los sectores ferroviario, de agua potable y energía eléctrica (Cueva, 2005). Estos proyectos fueron impulsados principalmente mediante concesiones otorgadas a empresas extranjeras, especialmente europeas y estadounidenses, interesadas en explotar los recursos naturales y en construir infraestructuras clave para el desarrollo del país.

La Constitución de 1929 representó un hito en la historia jurídica de Ecuador al incorporar disposiciones específicas para regular las concesiones y los contratos de obras públicas. Este marco normativo estableció que los contratos de concesión y las licitaciones públicas debían regirse por la ley y estar sujetos a la supervisión del Estado, garantizando así la primacía del interés público (Pérez, 2010). La normativa buscó asegurar que las actividades económicas privadas, incluidas la explotación de recursos naturales y la construcción de infraestructura, contribuyeran efectivamente al desarrollo económico y social del país.

Entre los principios fundamentales establecidos por la Constitución se encuentran:

1. *Regulación y supervisión estatal*: someter los contratos de concesión al control legal y administrativo del Estado, evitando abusos o prácticas contrarias al bienestar colectivo.
2. *Interés público*: otorgar las concesiones solo en caso de beneficiar directamente al interés general, priorizando la utilidad social y económica sobre los intereses privados.

En esta etapa, las concesiones mineras continuaron desempeñando un papel relevante, destacando las otorgadas en regiones como Zaruma y Portovelo, en la provincia de El Oro. Estas zonas se consolidaron como importantes centros de explotación de oro y plata, atrayendo inversiones significativas y generando empleo local (Rodríguez, 2018). Sin embargo, también enfrentaron retos asociados con la contaminación ambiental y la sostenibilidad de las actividades extractivas.

Entre las concesiones más relevantes de la época se destacan:

1. Concesión minera de Zaruma y Portovelo: estas regiones, ubicadas en la provincia de El Oro, continuaron siendo centros de extracción de oro y plata mediante concesiones otorgadas a empresas privadas nacionales y extranjeras. La actividad minera en estas localidades contribuyó significativamente a la economía regional, aunque enfrentó críticas por su impacto ambiental y las condiciones laborales de los trabajadores (Rodríguez, 2018).

2. Concesión del Ferrocarril Transandino (Guayaquil–Quito): Esta obra de infraestructura, cuya construcción se extendió desde finales del siglo XIX hasta principios del siglo XX, fue concesionada a empresas privadas bajo supervisión estatal. El ferrocarril permitió integrar la región costera con la sierra ecuatoriana, facilitando el comercio y la movilidad de bienes y personas, aunque su ejecución implicó retos financieros y técnicos (Cueva, 2005).

Estas concesiones ejemplifican cómo el modelo concesionario permitió al Estado ecuatoriano promover inversiones estratégicas, pero también cómo generó tensiones entre intereses públicos y privados, en un contexto de creciente demanda por mayor control y regulación estatal.

Las concesiones mineras establecían derechos exclusivos para la extracción de minerales bajo condiciones definidas por el gobierno ecuatoriano, incluyendo obligaciones relacionadas con el pago de regalías, el respeto a las normativas ambientales y el cumplimiento de metas de producción.

Durante la primera mitad del siglo XX, Ecuador inició la explotación de su riqueza petrolera mediante concesiones otorgadas a empresas privadas para la exploración y extracción de hidrocarburos en diversas regiones del territorio nacional. Los contratos de explotación petrolera establecían derechos exclusivos de operación, así como obligaciones en materia ambiental, laboral y técnica (Rodríguez, 2018). Estos contratos también incluían cláusulas sobre el pago de regalías, impuestos y otros mecanismos de compensación económica al Estado.

Las principales características de los contratos de explotación petrolera fueron:

1. derechos de la concesionaria: exclusividad en la exploración y extracción de petróleo en las áreas asignadas.
2. obligaciones de la concesionaria: cumplimiento de las normas ambientales y laborales, financiamiento de las operaciones, y ejecución de las actividades conforme al plan aprobado por el gobierno.
3. duración y renovación: los contratos establecían plazos definidos, con posibilidad de renovación sujeta al cumplimiento de las obligaciones.
4. auditoría y transparencia: incorporación de mecanismos de control para garantizar la transparencia y el cumplimiento normativo.

El desarrollo de la infraestructura de transporte también se impulsó mediante concesiones. Un ejemplo emblemático, ya mencionado, fue la construcción del Ferrocarril Transandino que conectó Guayaquil con Quito. Este proyecto fue determinante para el comercio interno y el desarrollo económico (Cueva, 2005).

Además de los ferrocarriles, se otorgaron concesiones para la construcción y mantenimiento de carreteras, así como para la edificación y gestión de puertos marítimos. Estas iniciativas facilitaron el comercio exterior y promovieron una mayor integración de las regiones urbanas y rurales.

Las concesiones de infraestructura incluyeron:

1. *ferrocarriles*: contratos para la construcción, operación y mantenimiento de líneas ferroviarias clave, como la ruta Guayaquil–Quito.
2. *carreteras*: acuerdos para construir y mantener redes viales que mejoraran la conectividad nacional.
3. *puertos*: concesiones para construir y administrar instalaciones portuarias que ampliaran la capacidad de exportación e importación del país.

Estos proyectos representaron pasos fundamentales en la modernización económica de Ecuador, aunque también enfrentaron desafíos financieros, técnicos y ambientales.

Las concesiones otorgadas durante la época de la Constitución de 1929 desempeñaron un papel fundamental en el proceso de modernización económica de Ecuador. Mediante estos instrumentos contractuales, se facilitó la inversión privada en sectores estratégicos como la minería, la infraestructura ferroviaria y portuaria, así como en los inicios de la industria petrolera (Rodríguez, 2018). Estas concesiones permitieron dinamizar la economía nacional, fomentar el empleo y promover la conectividad territorial, contribuyendo al desarrollo económico del país.

No obstante, las concesiones también suscitaron controversias respecto a la distribución de los beneficios derivados de la explotación de recursos naturales, así como por los impactos ambientales y sociales asociados a estas actividades (Cueva, 2005). Diversos sectores de la sociedad criticaron la concentración de beneficios en manos de empresas extranjeras y la limitada participación del Estado en las ganancias generadas, lo que motivó posteriores debates sobre la necesidad de fortalecer el control estatal y garantizar una mayor equidad en la distribución de los recursos.

El análisis de las concesiones otorgadas durante la vigencia de la Constitución de 1929 requiere acudir a fuentes documentales como archivos históricos, actas gubernamentales y estudios académicos especializados. Estos documentos permiten comprender las condiciones contractuales específicas, las negociaciones entre el Estado y las empresas concesionarias, así como los efectos económicos y sociales de las concesiones en las distintas regiones del país (Pérez, 2010).

La información detallada sobre cada concesión específica resulta, sin embargo, difícil de obtener debido a la dispersión y fragmentación de los registros históricos disponibles. A pesar de ello, es posible identificar concesiones emblemáticas que ilustran las dinámicas económicas y políticas de la época.

Durante el siglo XX, Ecuador implementó diversas leyes y reformas que configuraron el marco normativo de las concesiones y contratos públicos, reflejando

cambios en la concepción del rol del Estado y la participación del sector privado en el desarrollo económico e infraestructura.

El régimen jurídico de las concesiones en el Ecuador se ha configurado a lo largo de varias décadas mediante un proceso progresivo de reformas constitucionales, legales y reglamentarias. Esta evolución ha estado marcada por la necesidad de establecer mecanismos eficaces para la gestión, financiamiento y provisión de infraestructura y servicios públicos, especialmente en sectores como la vialidad, el transporte, la energía y el agua potable.

Este apartado presenta un recorrido cronológico por los principales instrumentos jurídicos que han estructurado el modelo concesionario en el Ecuador, destacando el contexto político, los principios orientadores y las implicaciones institucionales de cada uno de ellos.

1.4.1 1964–1979: marco fundacional de las concesiones en infraestructura vial

La evolución normativa de las concesiones en Ecuador encuentra un hito inicial con la promulgación de la Ley de Caminos, publicada el 7 de julio de 1964. Esta norma introdujo por primera vez el concepto de peaje como mecanismo legal para el financiamiento y mantenimiento de la red vial nacional. En su artículo 54, se facultó al Ministerio de Obras Públicas para establecer y cobrar peajes u otras contribuciones económicas a los usuarios, en función del tonelaje, uso y características técnicas de los vehículos (Congreso Nacional del Ecuador, 1964). Esta disposición marcó el inicio de un modelo de gestión autosostenible de la infraestructura vial, bajo el principio económico de “usuario-pagador”. El reconocimiento explícito del cobro por uso vial permitió configurar una fuente directa de financiamiento para las obras públicas, sentando las bases técnicas y jurídicas para la posterior estructuración de esquemas concesionarios.

Aunque la Ley de Caminos no contempló directamente mecanismos de participación privada en la gestión o financiamiento de infraestructura, su concepción fue decisiva para la progresiva legitimación del principio de contraprestación por uso, que más tarde sería central en los modelos de asociación público-privada. El enfoque técnico-financiero allí introducido anticipó, de

forma incipiente, la lógica de transferir ciertos riesgos y responsabilidades al operador privado bajo esquemas contractuales complejos.

Este avance legislativo fue reforzado por la aprobación de la Constitución de la República del Ecuador de 1979, que introdujo una visión estructurada del rol del Estado en la economía. El artículo 46 de dicha Constitución estableció que la economía nacional se organizaría en torno a cuatro sectores básicos, y reservó al Estado la explotación de los recursos naturales no renovables, así como los servicios de agua potable, fuerza eléctrica y telecomunicaciones. Asimismo, se reconoció que, de forma excepcional y bajo habilitación legal expresa, estas actividades podían ser delegadas a la iniciativa privada (Asamblea Nacional del Ecuador, 1979).

La importancia de esta disposición constitucional radica en que sentó por primera vez un marco normativo claro para la colaboración público-privada, siempre y cuando existiera una base legal habilitante, y se justificara en términos de interés colectivo. No obstante, la Constitución de 1979 no incluyó de forma expresa al sector vial como un servicio público estratégico, lo que generó incertidumbre jurídica sobre la posibilidad de delegar su gestión. Esta omisión se tornó decisiva, pues permitió que la legislación secundaria asumiera la regulación de la materia, especialmente a partir de la década de 1990, cuando Ecuador adoptó una serie de reformas orientadas hacia la modernización del Estado y la promoción de la inversión privada en infraestructura.

14.2 1993–1994: consolidación legal de la delegación de servicios públicos

La década de 1990 marcó un punto de inflexión decisivo en la evolución del régimen jurídico de concesiones en el Ecuador. Con la expedición de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349 del 31 de diciembre de 1993, el país institucionalizó por primera vez un marco normativo integral para la participación privada en actividades tradicionalmente reservadas al Estado. Esta ley tuvo como objetivo central dinamizar la gestión pública, promover la inversión privada y mejorar la eficiencia y calidad en la prestación de servicios (Pérez, 2010).

La norma estableció principios fundamentales como la eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad en la prestación de servicios públicos. Asimismo, habilitó expresamente modalidades como la concesión, la asociación, la capitalización y el traspaso accionario, brindando al Estado herramientas jurídicas para delegar a operadores privados la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos. Esta normativa se inspiró en reformas estructurales similares adoptadas en América Latina, en el marco del Consenso de Washington, orientadas a reducir el tamaño del Estado y promover esquemas de colaboración público-privada.

En desarrollo de dicha ley, en 1994 se expidió el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, cuyo Título III reguló de manera específica la figura de la concesión. En este reglamento se definió a la concesión como el acto jurídico mediante el cual el Estado autoriza al sector privado, bajo su cuenta y riesgo, la planificación, ejecución, mantenimiento y operación de una obra pública, o la prestación de un servicio, a cambio de recibir una utilidad derivada de su inversión y gestión. El texto estableció requisitos técnicos, procedimientos licitatorios y mecanismos de control, consolidando así una estructura técnico-administrativa que dotó de seguridad jurídica a los procesos de delegación (Registro Oficial No. 67, 1994).

Estos cuerpos normativos marcaron un avance sustancial al ofrecer una base legal coherente, especializada y compatible con la Constitución de 1979, y al permitir por primera vez la delegación efectiva de sectores como la vialidad, que no estaban reservados expresamente por el texto constitucional. Con ello, Ecuador adoptó de manera formal el modelo concesionario como herramienta de política pública para el desarrollo de infraestructura y servicios estratégicos.

14.3 2008–2020: consolidación constitucional y normativa del régimen concesionario

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, el modelo de participación privada fue sometido a nuevas condiciones y principios. El artículo 316 establece que el Estado podrá delegar de manera excepcional la gestión de sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas o privadas, bajo condiciones de necesidad, interés público y justificación legal expresa (Asam-

blea Nacional del Ecuador, 2008). Esta disposición incorporó los principios de sostenibilidad, transparencia y control estatal, con énfasis en la planificación y evaluación previa de los proyectos.

En el marco de esta nueva Constitución, se expidieron varias normas complementarias:

1. Decreto Ejecutivo No. 810 de 2011 reguló el régimen excepcional de delegación de servicios públicos, particularmente en el sector transporte. Estableció condiciones precisas para concesionar infraestructura estatal, y derogó el Título III del Reglamento Sustitutivo anterior.
2. Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas (APP), publicada en 2015 y reformada en 2019, definió el régimen jurídico de las APP, incorporando procedimientos claros de aprobación, incentivos tributarios y mecanismos de evaluación de riesgos. Su reglamento general (Decreto Ejecutivo No. 1040) desarrolla estos aspectos operativos.
3. Código Orgánico Administrativo (COA), vigente desde 2018, derogó expresamente la Ley de Modernización. El artículo 69 numeral 5 autoriza la delegación a sujetos de derecho privado, mientras que el artículo 74 establece las condiciones para que dicha delegación sea excepcional, justificada y compatible con el interés general.
4. Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) refuerza este marco. Sus artículos 96 y 100 permiten la delegación excepcional de sectores estratégicos a la iniciativa privada o economía popular y solidaria, mediante decreto ejecutivo, y bajo mecanismos como concesiones, asociaciones o alianzas estratégicas.

Este conjunto de normas configura el régimen actual de concesiones en el Ecuador, fundamentado en principios constitucionales, controles administrativos y normas específicas sectoriales.

2. Derecho comparado

2.1 Chile

Las concesiones en Chile cuentan con una trayectoria histórica que se remonta al siglo XIX, aunque su desarrollo moderno se consolidó con la promulgación

de la Ley de Concesiones de Obras Públicas de 1991. Esta normativa permitió al sector privado participar activamente en la construcción y operación de infraestructuras públicas, incluyendo carreteras, aeropuertos y hospitales. Este sistema ha sido esencial para el fortalecimiento de la infraestructura chilena, ya que posibilitó una mayor inversión y eficiencia en la ejecución de proyectos públicos (Ministerio de Obras Públicas, 2019).

No obstante, los orígenes de las concesiones en Chile pueden rastrearse hasta el período colonial, cuando la Corona española otorgaba concesiones para la explotación de recursos naturales y la construcción de infraestructuras básicas como caminos y puentes. Tras la independencia, en el siglo XIX, el gobierno chileno continuó esta práctica, destacando las concesiones para la explotación de las salitreras y la construcción de ferrocarriles. Un hito relevante fue la concesión del Ferrocarril de Valparaíso a Santiago en 1852, que simbolizó el inicio de una era de modernización en el transporte chileno (Collier & Sater, 2004).

En la era contemporánea, uno de los proyectos más emblemáticos fue la concesión de la autopista Ruta 5, que recorre el país de norte a sur, mejorando de manera sustancial la conectividad y facilitando el comercio interno (Ministerio de Obras Públicas, 2019). La experiencia chilena en materia de concesiones ha sido reconocida como un modelo en América Latina, gracias a su éxito en atraer inversión privada y mejorar la infraestructura pública (BNamericas, 2020).

En la actualidad, las concesiones de obras públicas en Chile están reguladas principalmente por la Dirección General de Concesiones (DGC) del Ministerio de Obras Públicas (MOP). Este organismo es responsable de la planificación, coordinación, evaluación y fiscalización de los proyectos de concesiones de infraestructuras, tales como carreteras, aeropuertos, puertos y otras obras públicas. La DGC gestiona todas las etapas del ciclo de vida de las concesiones, desde la licitación hasta la operación y mantenimiento de las obras concesionadas (Ministerio de Obras Públicas, 2019).

La estructura de la DGC está organizada en diversas divisiones especializadas, cada una dirigida por un jefe de división y coordinada por el Director General. Estas divisiones incluyen:

1. División de Proyectos: encargada de la formulación y evaluación técnica de los proyectos de concesión. Es responsable de realizar estudios de factibilidad, planificar los proyectos y definir los términos de referencia para las licitaciones.
2. División de Estudios y Control: encargada de supervisar y controlar la ejecución de los contratos de concesión, asegurando que las obras cumplan con las especificaciones técnicas y contractuales. Realiza inspecciones técnicas, monitoreo de ejecución y seguimiento de compromisos contractuales.
3. División Legal: proporciona apoyo jurídico en la formulación y ejecución de los contratos de concesión. Se ocupa de la revisión y redacción de contratos, la resolución de disputas legales y el asesoramiento en aspectos jurídicos relacionados con las concesiones.
4. División de Finanzas: gestiona los aspectos financieros de los proyectos de concesión, incluyendo la planificación y control financiero, análisis de costos y beneficios, y supervisión del cumplimiento de las obligaciones financieras de los concesionarios.

El Sistema de Concesiones de Obras Públicas, implementado a partir de la década de 1990, ha permitido una colaboración efectiva entre el sector público y el privado para el desarrollo de infraestructura pública. Gracias a este modelo, Chile ha logrado ejecutar proyectos relevantes y mejorar su conectividad vial y aeroportuaria, posicionándose como un referente internacional en materia de concesiones (Ministerio de Obras Públicas, 2019; BNAmericas, 2020).

Aunque la Dirección General de Concesiones (DGC) es la entidad principal encargada de la gestión de concesiones en Chile, otras instituciones públicas también desempeñan roles relevantes en el proceso, dependiendo del tipo y alcance del proyecto:

1. Presidencia de la República: si bien el Presidente de Chile no participa directamente en las funciones de la DGC, su administración establece las políticas nacionales de infraestructura y puede influir en la definición de prioridades y estrategias en materia de concesiones (Ministerio de Obras Públicas, 2019).
2. Ministerio de Hacienda: participa en la evaluación financiera de los proyectos de concesión, revisando su viabilidad económica y ga-

rantizando la sostenibilidad fiscal de las iniciativas concesionadas. También colabora en la asignación de presupuestos (BNamericas, 2020).

3. Contraloría General de la República: supervisa la legalidad de los contratos de concesión y de los procedimientos administrativos relacionados, velando por el cumplimiento de las leyes y regulaciones vigentes (Contraloría General de la República, 2021).

4. Comisión de Concesiones: es un órgano asesor compuesto por representantes de distintos ministerios y entidades públicas. Su función principal es evaluar, priorizar y emitir recomendaciones sobre los proyectos de concesión propuestos (Ministerio de Obras Públicas, 2019).

El presupuesto de la DGC proviene del Ministerio de Obras Públicas y está destinado a financiar los costos asociados a la planificación, ejecución, supervisión y control de los proyectos de concesión. Incluye recursos para estudios técnicos, asesorías legales, monitoreo de proyectos y gestión administrativa general (Ministerio de Obras Públicas, 2019).

En Chile, las concesiones constituyen un mecanismo esencial para ejecutar proyectos de infraestructura y servicios públicos. La normativa chilena contempla distintos procedimientos de contratación, diseñados para garantizar la transparencia y la competencia entre los postulantes. A continuación, se detallan los principales métodos:

1. Licitación Pública: la licitación pública es el procedimiento más utilizado en Chile para adjudicar concesiones. De acuerdo con la Ley N.º 19.886 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Chile, 2003), este proceso implica una convocatoria abierta en la que los interesados presentan sus propuestas. El contrato se adjudica al postulante que cumpla con los requisitos legales y técnicos, y que ofrezca las mejores condiciones económicas y de calidad.

2. Adjudicación Directa: en circunstancias excepcionales, la normativa chilena permite la adjudicación directa de concesiones. Esta modalidad se aplica cuando existen razones justificadas, como situaciones de urgencia, seguridad nacional o inviabilidad de realizar una licitación pública, siempre respaldadas por criterios objetivos y debidamente fundamentadas (Ministerio de Obras Públicas, 2019).

3. **Desafío de Oferta (Swiss Challenge):** el desafío de oferta, conocido como Swiss Challenge, es un mecanismo innovador que fomenta la competencia y la innovación. Según este método, una entidad pública recibe una propuesta inicial de un proponente privado y posteriormente invita a terceros a presentar ofertas alternativas. El proponente original tiene la oportunidad de igualar o mejorar las propuestas recibidas dentro de un plazo estipulado (Aguirre, 2018).

4. **Evaluación Comparativa:** además de los procedimientos anteriores, Chile incorpora la evaluación comparativa como parte integral del proceso de contratación de concesiones. Este enfoque implica un análisis detallado y comparativo de las propuestas, considerando aspectos como costo, calidad, experiencia técnica y otros criterios pertinentes para seleccionar la mejor opción (Ministerio de Obras Públicas, 2019)

En Chile, el proceso de contratación de concesiones de obras públicas se rige por la Ley de Concesiones de Obras Públicas (Decreto Supremo No 900 de 1996) y su reglamento (Decreto Supremo ni 956 de 1997), con modificaciones introducidas por la Ley no 20.410 de 2010 y la Ley ni 21.044 de 2017. Este marco legal establece los procedimientos y condiciones para la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura pública:

1. *Llamado a Licitación:* el Ministerio de Obras Públicas (MOP) publica un llamado a licitación, invitando a las empresas a presentar sus propuestas para un proyecto de concesión específico.

2. *Presentación de Ofertas:* las empresas interesadas presentan sus ofertas técnicas y económicas, detallando cómo planean financiar, construir, operar y mantener la infraestructura.

3. *Evaluación de Ofertas:* la Dirección General de Concesiones (DGC) evalúa las propuestas basándose en criterios técnicos, financieros y legales para asegurar que el proyecto se adjudique a la mejor oferta.

4. *Adjudicación y Firma del Contrato:* una vez adjudicada la concesión, se formaliza el contrato entre el MOP y la empresa concesionaria, especificando todos los términos y condiciones.

5. *Plazo de la Concesión:* los contratos de concesión especifican el plazo durante el cual la empresa concesionaria tiene el derecho y la obligación de operar la infraestructura. Este plazo puede variar depen-

diendo del tipo y magnitud del proyecto, generalmente entre 20 y 30 años.

6. *Obligaciones del Concesionario:*

- a. Construcción: el concesionario debe construir la infraestructura conforme a los planos y especificaciones técnicas aprobadas.
- b. Operación y Mantenimiento: después de la construcción, la empresa debe operar y mantener la obra en condiciones adecuadas, asegurando su funcionalidad y seguridad.
- c. Financiamiento: el concesionario suele ser responsable del financiamiento total o parcial del proyecto.

7. *Derechos del Concesionario:*

- a. Explotación de la Infraestructura: el concesionario tiene derecho a explotar la infraestructura, lo cual puede incluir el cobro de tarifas a los usuarios (como peajes en carreteras).
- b. Retribución Económica: en algunos contratos, el concesionario puede recibir pagos directos del Estado, especialmente en proyectos donde las tarifas a usuarios no cubren los costos de inversión y operación.
- c. Multas y Penalidades: los contratos incluyen cláusulas sobre multas y penalidades que se aplican en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario. Estas sanciones buscan asegurar el cumplimiento de los estándares de construcción y operación.
- d. Reversión de la Infraestructura: al final del plazo de concesión, la infraestructura debe revertir al Estado en condiciones operativas adecuadas, sin costo adicional para este.

Los contratos de concesión en Chile contemplan la figura de la Restitución del Equilibrio Económico-Financiero (REEF), que permite ajustar los términos del contrato ante eventos imprevistos que afecten significativamente el equilibrio financiero del proyecto.

Eventos Cubiertos:

- a. Fuerza Mayor: eventos naturales o de otra índole que escapan al control de las partes y que afectan significativamente la ejecución del proyecto.

- b. Cambios en la Legislación: modificaciones legales o reglamentarias que afecten directamente los términos económicos del contrato.
- c. Decisiones Administrativas: acciones de la administración pública que no estaban previstas y que afectan el desarrollo del proyecto.

Mecanismos de Ajuste:

- 1. Revisión de Tarifas: ajuste de las tarifas cobradas por el concesionario para restablecer el equilibrio económico.
- 2. Extensión del Plazo Concesional: aumento del tiempo de la concesión para permitir al concesionario recuperar la inversión.
- 3. Compensaciones Directas: pagos directos del concedente al concesionario para cubrir pérdidas económicas.

Proceso de Aplicación:

- 4. *Solicitud del Concesionario*: el concesionario debe presentar una solicitud formal justificando la necesidad de restituir el equilibrio económico-financiero.
- 5. *Evaluación Técnica y Económica*: las autoridades correspondientes realizan un análisis detallado para verificar la validez de la solicitud y determinar las medidas adecuadas.
- 6. *Negociación y Aprobación*: se negocian los términos de ajuste y se aprueban las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico.

Este mecanismo es esencial para asegurar que las condiciones económicas bajo las cuales se adjudicó la concesión se mantengan estables a lo largo del tiempo.

2.2 Perú

Las concesiones en Perú tienen sus raíces en el período colonial, cuando la Corona española otorgaba derechos de explotación de recursos naturales y

concesiones para la construcción de infraestructuras básicas. Tras la independencia en 1821, el gobierno peruano continuó esta práctica para fomentar el desarrollo económico. Durante el siglo XIX, se otorgaron concesiones para la construcción de ferrocarriles y la explotación de recursos mineros. Un ejemplo destacado es la concesión otorgada en 1890 para la construcción del Ferrocarril Central Andino, que conectaba Lima con la región central del país (Basadre, 2014).

El desarrollo moderno de las concesiones en Perú se consolidó con la promulgación de la Ley de Concesiones de Obras Públicas en 1996. Este marco legal permitió la participación del sector privado en la construcción y operación de infraestructura pública. Uno de los proyectos más emblemáticos es la concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez en Lima, que ha mejorado significativamente la capacidad y calidad del principal aeropuerto del país (ProInversión, 2021).

Además, el gobierno peruano ha implementado diversos proyectos de concesiones en sectores como transporte, energía y telecomunicaciones, con el objetivo de mejorar la infraestructura y promover el desarrollo económico. Las concesiones han permitido al Perú atraer inversiones significativas y mejorar la calidad de los servicios públicos.

En Perú, las concesiones suelen otorgarse mediante procesos competitivos que buscan maximizar la transparencia y la eficiencia en la selección del concesionario (Banco Interamericano de Desarrollo [BID], 2020). Los métodos comunes utilizados incluyen:

1. *Licitación Pública*: es el método más tradicional, donde se emite un llamado público y abierto para que los interesados presenten sus propuestas. El contrato se otorga al oferente que cumpla con los requisitos establecidos y ofrezca las mejores condiciones (BID, 2020).
2. *Swiss Challenge* (desafío suizo): este método implica que un proponente privado presenta una propuesta inicial para un proyecto de concesión. Esta propuesta es entonces revelada al público, y otros interesados tienen la oportunidad de presentar ofertas competitivas mejoradas. El proponente original tiene el derecho de igualar la mejor oferta recibida durante este proceso (BID, 2020).

3. *Negociación Directa*: aunque menos común debido a sus implicaciones en términos de transparencia, en algunos casos se permite la negociación directa con un proponente específico, especialmente cuando hay razones técnicas o de emergencia que justifican este enfoque (BID, 2020).

El proceso de contratación de concesiones, incluyendo el método Swiss Challenge, está regulado por la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas (Ley no 29230). Esta ley establece el marco legal fundamental para la implementación de asociaciones público-privadas y las concesiones en el país, definiendo los procedimientos que deben seguirse para la selección y contratación de los concesionarios.

La Guía de Asociaciones Público-Privadas en América Latina y el Caribe del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) proporciona una visión detallada de las mejores prácticas y procedimientos utilizados en la región para la implementación de asociaciones público-privadas. Este documento permite entender los diferentes métodos de contratación, incluyendo el Swiss Challenge, y cómo se aplican en contextos específicos como el peruano (BID, 2020).

El informe “Public-Private Partnerships in Peru: Lessons from the Experience” del Grupo del Banco Mundial analiza la experiencia de las asociaciones público-privadas en Perú, destacando los métodos de selección de contratistas y los desafíos enfrentados durante la implementación de proyectos concesionados (Banco Mundial, 2017).

Además, documentos y resoluciones de entidades reguladoras y supervisores de concesiones en Perú, como ProInversión, ofrecen información detallada sobre los procedimientos de concesiones y los métodos de contratación utilizados en los proyectos bajo su supervisión. Estos recursos son necesarios para entender la aplicación práctica de los métodos de contratación y su impacto en la economía y desarrollo del país (ProInversión, 2021).

La Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión) es el organismo estatal encargado de promover la inversión privada en el Perú, facilitando la ejecución de proyectos de infraestructura y servicios públicos mediante

asociaciones público-privadas (APP) y otros mecanismos como las Obras por Impuestos (OxI) (ProInversión, s. f.). ProInversión opera bajo la supervisión de la Presidencia del Consejo de Ministros y coordina con diversos ministerios sectoriales, entidades reguladoras y gobiernos locales para estructurar y adjudicar proyectos estratégicos (Andina, 2024).

En 2024, ProInversión alcanzó un récord histórico al adjudicar 16 proyectos por un valor aproximado de 8,956 millones de dólares, beneficiando a más de 10 millones de habitantes. Entre los proyectos destacados se encuentran el Anillo Vial Periférico, el Nuevo Terminal Portuario de San Juan de Marcona y el Ferrocarril Huancayo-Huancavelica (Congreso de la República del Perú, 2024; Gestión, 2024).

Además, mediante el mecanismo de Obras por Impuestos, se adjudicaron 124 proyectos por un total de 4,004 millones de soles, lo que equivale a la suma acumulada en los últimos siete años a través de este mecanismo. Estos proyectos abarcan sectores como educación, salud, transporte, saneamiento y seguridad ciudadana (Andina, 2024).

Los contratos de concesión en Perú establecen claramente los derechos y obligaciones de las partes involucradas, incluyendo aspectos como el objeto del contrato, duración, criterios de calidad y desempeño, pagos y tarifas, mecanismos de revisión de tarifas, y garantías y seguros. Estos contratos son fundamentales para asegurar la transparencia y eficiencia en la ejecución de proyectos de infraestructura y servicios públicos (ProInversión, s. f.).

Para más información sobre ProInversión y sus proyectos, se puede consultar su sitio web oficial (ProInversión, s. f.).

En Perú, los contratos de concesión son instrumentos legales que establecen los términos y condiciones bajo los cuales una entidad privada (concesionario) obtiene el derecho a operar, mantener y, en algunos casos, desarrollar infraestructuras públicas o prestar servicios públicos. Estos contratos son fundamentales para asegurar la transparencia y eficiencia en la ejecución de proyectos de infraestructura y servicios públicos (ProInversión, 2023). Dentro de ellos se incluyen:

1. *Objeto del contrato*: los contratos pueden referirse a la construcción, operación y mantenimiento de infraestructuras como carreteras, puertos, aeropuertos, entre otros. También pueden abarcar la prestación de servicios públicos como agua potable, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, etc.

2. *Duración y plazo*: especifica el período de tiempo durante el cual el concesionario tendrá los derechos para operar la infraestructura o prestar el servicio. En Perú, estos plazos pueden variar según el tipo de proyecto y las condiciones específicas establecidas en cada contrato. Por ejemplo, en los proyectos eléctricos “Enlace 220 kV Ica – Poroma” y “ITC Enlace 220 kV Cálclis – Jaén Norte”, el plazo de concesión es de 30 años desde la puesta en operación comercial (ProInversión, 2023). Revista Economía+4Invierte en Perú+4Peru Construye+4

3. *Derechos y obligaciones*: define los derechos y responsabilidades tanto del concedente (entidad pública) como del concesionario (entidad privada). Detalla las obligaciones del concesionario en términos de inversión, mantenimiento, operación, calidad del servicio, seguridad, entre otros aspectos.

4. *Criterios de calidad y desempeño*: Establece estándares y parámetros de calidad del servicio que el concesionario debe cumplir durante la duración del contrato. Estos criterios son esenciales para garantizar que la infraestructura o servicio público operen de manera eficiente y segura (ProInversión, 2023).

5. *Pagos y tarifas*: Especifica los pagos que el concesionario debe realizar al concedente, que pueden incluir tarifas de concesión, pagos por uso de infraestructura, entre otros. Además, en algunos contratos se establecen mecanismos para la revisión periódica de tarifas, asegurando que estas sean justas y adecuadas tanto para el concesionario como para los usuarios del servicio (ProInversión, 2023).

6. *Garantías y seguros*: Puede requerir que el concesionario proporcione garantías financieras o contrate seguros para cubrir posibles riesgos asociados con la operación de la infraestructura o la prestación del servicio. Estas garantías son fundamentales para proteger los intereses del Estado y asegurar la continuidad del servicio en caso de incumplimiento por parte del concesionario (ProInversión, 2023)

En Perú, la restitución del equilibrio económico-financiero (REEF) en los contratos de concesión es un mecanismo para ajustar las condiciones financieras y económicas del contrato cuando se enfrentan circunstancias imprevistas o cambios en el entorno que afectan significativamente al concesionario. Este principio garantiza que los contratos de concesión sean equitativos y sostenibles a lo largo de su duración, permitiendo ajustes en las condiciones originales del contrato cuando ocurren eventos fuera del control del concesionario que alteran sustancialmente el equilibrio económico del acuerdo (ProInversión, 2024).

Circunstancias que justifican la aplicación de REEF:

1. *cambios regulatorios*: modificaciones en la normativa o regulaciones afectando los costos de operación, los ingresos proyectados o las obligaciones del concesionario (Invierte en Perú, 2024).
2. *eventos excepcionales*: situaciones extraordinarias como desastres naturales, crisis económicas o cambios en las condiciones de mercado impactando negativamente la viabilidad económica del proyecto (Congreso de la República, 2024).
3. *aumento de costos*: incrementos inesperados en los costos de construcción, operación, mantenimiento u otros aspectos críticos del proyecto (Andina, 2024).

El procedimiento para solicitar y negociar la REEF generalmente incluye los siguientes pasos:

1. *notificación y justificación*: el concesionario debe notificar al concedente (entidad pública) sobre los eventos que han alterado el equilibrio financiero del contrato y presentar la justificación correspondiente (ProInversión, 2024).
2. *evaluación técnica y económica*: el concedente evalúa la solicitud de REEF a través de análisis técnicos y económicos para determinar la legitimidad y el alcance del ajuste solicitado (Invierte en Perú, 2024).
3. *negociación y acuerdo*: si se acepta la solicitud, las partes negocian los términos y condiciones del ajuste de la REEF, asegurando

que sea equitativo y esté alineado con los intereses públicos y privados (Congreso de la República, 2024).

4. *implementación y monitoreo*: una vez acordada la REEF, se incorpora al contrato mediante una modificación formal y se monitorea su implementación para verificar que se cumplan las condiciones acordadas (ProInversión, 2024).

La elección del método de resolución de controversias en contratos de concesión en Perú busca garantizar la efectividad y la justicia en la aplicación de los acuerdos contractuales. Tanto el arbitraje, la mediación como la jurisdicción son opciones viables, cada una con sus propias ventajas y consideraciones, que deben ser evaluadas en función de las circunstancias específicas del caso (ProInversión, 2024).

Los contratos de concesión en Perú pueden enfrentar disputas que requieren métodos efectivos de resolución de conflictos. A continuación, se describen las principales formas de resolver controversias, siguiendo las pautas de la normativa y las prácticas comúnmente aceptadas.

El arbitraje es una vía comúnmente utilizada para resolver disputas en contratos de concesión en Perú. Este método ofrece varias ventajas, incluyendo la neutralidad del árbitro, la flexibilidad en los procedimientos y la confidencialidad de las deliberaciones. Según la Ley General de Arbitraje en Perú (Ley No. 26572), las partes pueden acordar el uso del arbitraje para resolver sus controversias, asegurando así una resolución rápida y eficiente (Ley General de Arbitraje, 1996).

La mediación es otro mecanismo disponible para resolver disputas en contratos de concesión en Perú. Aunque menos formal que el arbitraje, la mediación permite a las partes involucradas trabajar con un mediador neutral para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable. Este enfoque promueve la cooperación y la preservación de la relación entre las partes, reduciendo potencialmente los costos y tiempos asociados con disputas prolongadas (Susskind & Cruikshank, 1987).

En términos de jurisdicción, las partes pueden optar por someter sus disputas a los tribunales peruanos o a tribunales extranjeros. La elección depende de

varios factores, incluyendo la nacionalidad de las partes, la ley aplicable al contrato y la conveniencia logística y legal. Los tribunales peruanos tienen competencia para resolver disputas relacionadas con contratos de concesión dentro del territorio nacional, asegurando la aplicación efectiva de la ley peruana y las normativas específicas aplicables (García Montúfar, 2018).

2.3 Colombia

En Colombia, el sistema de concesiones comenzó a desarrollarse a partir de la década de 1990, con la promulgación de la Ley 80 de 1993, que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Este marco legal permitió al Estado contratar con el sector privado para la construcción y operación de obras públicas (Congreso de la República de Colombia, 1993).

No obstante, la práctica de las concesiones en Colombia también se remonta al período colonial, cuando la Corona española otorgaba tierras y derechos de explotación a particulares y empresas. Después de la independencia en 1819, el nuevo gobierno colombiano continuó utilizando concesiones para promover el desarrollo económico y la infraestructura. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se otorgaron concesiones para la construcción de ferrocarriles y la explotación de recursos naturales, como el petróleo (Gómez, 2017).

Un ejemplo destacado en la era contemporánea es el programa de Cuarta Generación de Concesiones (4G), lanzado en 2013, con el objetivo de modernizar la infraestructura vial del país. Este programa incluye la construcción de más de 7,000 kilómetros de carreteras, mejorando la conectividad y reduciendo los costos logísticos (Agencia Nacional de Infraestructura, 2020). Las concesiones han sido clave para el desarrollo de infraestructura en Colombia, atrayendo inversión extranjera y mejorando la competitividad del país (Agencia Nacional de Infraestructura, 2020).

La regulación y gestión de concesiones en Colombia involucra un marco institucional complejo y procedimientos bien definidos que buscan garantizar la transparencia, la eficiencia y la calidad en el desarrollo de infraestructura pública. Las entidades como la ANI, el Ministerio de Transporte y el DNP son

actores en la estructuración, adjudicación y supervisión de los proyectos de concesión (Departamento Nacional de Planeación, 2021).

En Colombia, las concesiones de infraestructura son reguladas por varias entidades públicas, cada una con roles y responsabilidades específicas. Las principales entidades involucradas son:

1. *Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)*: la ANI es la principal entidad responsable de la estructuración, adjudicación, administración y supervisión de los proyectos de infraestructura bajo el esquema de concesión. Fue creada en 2011 para gestionar las concesiones de carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos (Agencia Nacional de Infraestructura, 2020).
2. *Ministerio de Transporte*: este ministerio establece las políticas y directrices para el desarrollo del transporte en Colombia, coordinando con la ANI y otras entidades para la implementación de proyectos de infraestructura (Ministerio de Transporte, 2019).
3. *Departamento Nacional de Planeación (DNP)*: el DNP es responsable de la planificación y coordinación de políticas públicas, incluyendo la aprobación de proyectos de infraestructura y concesiones (Departamento Nacional de Planeación, 2021).
4. *Superintendencia de Transporte*: esta entidad supervisa y controla la correcta prestación del servicio público de transporte, incluyendo la verificación del cumplimiento de los contratos de concesión (Superintendencia de Transporte, 2020).

El proceso de contratación de concesiones en Colombia se rige por un marco regulatorio claro y estructurado, basado principalmente en la Ley 80 de 1993 y sus posteriores modificaciones. Este marco busca garantizar la transparencia, la competencia y la eficiencia en la ejecución de proyectos de infraestructura (Congreso de la República de Colombia, 1993). A continuación, se describen las etapas principales de este proceso.

La Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y el Ministerio de Transporte, identifica y prioriza los proyectos de infraestructura que serán desarrollados mediante

concesión. En esta etapa se realizan estudios de factibilidad técnica, económica y ambiental, los cuales sirven de base para la estructuración financiera y legal del proyecto (Agencia Nacional de Infraestructura, 2020).

Una vez estructurado el proyecto, la ANI publica un pliego de condiciones que detalla los requisitos técnicos, económicos y jurídicos que deben cumplir los proponentes. Este proceso competitivo busca promover la transparencia y la igualdad de oportunidades entre los oferentes (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Las propuestas presentadas por las empresas son evaluadas en función de criterios preestablecidos, como la capacidad técnica, la solidez financiera y las condiciones económicas ofrecidas. La ANI adjudica el contrato de concesión a la propuesta que presenta las mejores condiciones para el interés público (Agencia Nacional de Infraestructura, 2020).

Tras la adjudicación, se procede a la firma del contrato de concesión, el cual establece las obligaciones de las partes, los plazos de ejecución, las multas por incumplimiento y los mecanismos de resolución de controversias. Una vez firmado, el concesionario inicia la ejecución del proyecto bajo la supervisión y control de la ANI (Agencia Nacional de Infraestructura, 2020).

Un mecanismo particular utilizado en Colombia es el “Swiss Challenge”, diseñado para fomentar la innovación y la competencia en la estructuración de proyectos. Este mecanismo permite que una empresa presente una propuesta no solicitada para desarrollar un proyecto específico. Si la ANI considera viable la propuesta, la somete a un proceso competitivo donde otras empresas pueden presentar ofertas alternativas. La empresa proponente inicial tiene el derecho de igualar la mejor oferta recibida para adjudicarse el contrato (Agencia Nacional de Infraestructura, 2020).

Los contratos de concesión en Colombia están diseñados con una estructura detallada que incluye varios elementos esenciales para su implementación:

1. *Plazos*: los contratos establecen los tiempos para la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura. Dependiendo del

tipo de proyecto, estos plazos suelen oscilar entre 20 y 30 años (Agencia Nacional de Infraestructura, 2020).

2. *Multas y penalidades*: se incluyen cláusulas de penalización para el concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones, tales como retrasos en la entrega de la obra, deficiencias en el mantenimiento o incumplimiento de los estándares de calidad del servicio (Congreso de la República de Colombia, 1993).

3. *Procesos de resolución de controversias*: los contratos prevén mecanismos de solución de disputas, incluyendo la negociación directa, la mediación y el arbitraje. Este último es ampliamente utilizado en contratos de concesión, según lo establecido por la Ley 1563 de 2012, por su capacidad de resolver disputas técnicas y complejas de manera eficiente y especializada (Congreso de la República de Colombia, 2012).

4. *Step-in rights*: los “step-in rights” son derechos contractuales que facultan a la entidad concedente a intervenir y tomar control del proyecto ante un incumplimiento significativo del concesionario. Esta cláusula garantiza la continuidad del servicio público y protege los intereses del Estado frente a posibles fallos en la gestión del concesionario (Agencia Nacional de Infraestructura, 2020).

La restitución del equilibrio económico-financiero es un principio esencial en los contratos de concesión en Colombia, el cual busca mantener las condiciones económicas y financieras originales pactadas al momento de la firma del contrato durante toda su vigencia. Este principio implica que, en caso de que ocurran eventos imprevistos que alteren significativamente la economía del contrato —tales como cambios legislativos, actos de autoridad, eventos de fuerza mayor o decisiones administrativas— las partes contratantes deben acordar ajustes que permitan restablecer el equilibrio económico-financiero afectado (Congreso de la República de Colombia, 1993). Este mecanismo tiene como finalidad proteger tanto al concesionario como al Estado, garantizando la viabilidad y sostenibilidad del proyecto a lo largo del tiempo (Agencia Nacional de Infraestructura, 2020).

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha desempeñado un papel estratégico en el desarrollo de las concesiones de infraestructura en Colombia, particularmente en el marco del Programa de Cuarta Generación de Conce-

siones (4G). En 2013, el BID aprobó un préstamo de 400 millones de dólares destinado a apoyar dicho programa, cuyo objetivo principal era modernizar y ampliar la red vial del país mediante la construcción y mejoramiento de más de 7,000 kilómetros de carreteras (Banco Interamericano de Desarrollo, 2013).

El apoyo del BID no se limitó al financiamiento. También abarcó asistencia técnica y fortalecimiento institucional, con el propósito de mejorar la estructuración de los contratos de concesión, promover la transparencia en los procesos de licitación y aumentar la eficiencia en la ejecución de los proyectos. Asimismo, el BID brindó apoyo para el fortalecimiento de las capacidades de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y otras entidades públicas involucradas en la gestión de concesiones. Este acompañamiento promovió la adopción de mejores prácticas internacionales en materia de gestión de riesgos, sostenibilidad ambiental y estándares técnicos de los proyectos (Banco Interamericano de Desarrollo, 2013).

El impacto de la participación del BID fue significativo, ya que contribuyó a mejorar la calidad de la infraestructura, fortalecer las capacidades institucionales y generar mayor confianza entre los inversionistas, lo cual facilitó la atracción de capital privado hacia los proyectos de infraestructura en Colombia (Fitch Solutions, 2020). Sin embargo, la implementación del programa 4G enfrentó diversos desafíos, incluyendo retrasos en la ejecución y sobrecostos asociados a problemas de gestión y factores externos, como el escándalo de corrupción de Odebrecht, que afectó la confianza de las entidades financieras en los proyectos de infraestructura. Este contexto llevó a la adopción de nuevas leyes de contratación pública y a un mayor rol de la Financiera de Desarrollo Nacional (FDN), con el objetivo de incrementar la transparencia y reforzar la seguridad jurídica en los contratos de concesión (LatinFinance, 2018).

2.4 Sistemas anglosajones

Los sistemas jurídicos anglosajones, representados principalmente por Estados Unidos y el Reino Unido, se caracterizan por un enfoque orientado a la liberalización económica y la promoción activa de la competencia, incluso en sectores tradicionalmente considerados como monopolios naturales, tales

como la electricidad, el agua o las telecomunicaciones. En estos contextos, las concesiones que otorgan monopolios legales a operadores privados son poco frecuentes y, cuando existen, están sujetas a estrictos marcos regulatorios orientados a prevenir abusos de poder de mercado, garantizar la eficiencia económica y salvaguardar los derechos de los consumidores (FTC, 2023; DOJ, 2023; FERC, 2023).

Este modelo parte de la premisa de que la competencia es el mecanismo más eficaz para mejorar la calidad de los servicios, reducir precios y fomentar la innovación tecnológica. Por ello, se procura limitar las estructuras monopólicas legales a los casos estrictamente necesarios, como en determinados segmentos de redes de infraestructura, y se privilegia el uso de regulación por incentivos y de sistemas de rendición de cuentas, antes que la intervención directa del Estado como operador (FERC, 2023).

En el caso de Estados Unidos, la Ley de Telecomunicaciones de 1996 constituyó un punto de inflexión al introducir una desregulación sustancial en el sector, eliminando barreras legales a la entrada y fomentando la competencia entre múltiples proveedores de servicios (FCC, 2023). Esta ley refleja la filosofía estadounidense de reducción del monopolio legal y apertura progresiva de mercados regulados a través de mecanismos competitivos.

Los monopolios naturales en servicios esenciales como el agua potable o la energía eléctrica se encuentran regulados a nivel estatal mediante Public Utility Commissions, mientras que agencias federales como la Federal Trade Commission (FTC) y el Department of Justice (DOJ) ejercen funciones de control antimonopolio. Paralelamente, la Federal Energy Regulatory Commission (FERC) supervisa la transmisión interestatal de electricidad y gas natural, así como la fijación de tarifas en sectores clave del sistema energético nacional (FERC, 2023; DOJ, 2023; FTC, 2023).

El Reino Unido emprendió un proceso de privatización de empresas estatales durante las décadas de 1980 y 1990 que transformó profundamente el rol del Estado en la economía. Empresas como British Telecom y British Gas fueron transferidas al sector privado, estableciendo un nuevo régimen de mercados competitivos regulados, bajo la vigilancia de organismos sectoriales autónomos (Helm, 2013).

En este esquema, entidades como Ofcom (telecomunicaciones) y Ofgem (gas y electricidad) desempeñan funciones regulatorias críticas, asegurando tanto la eficiencia de los mercados, como la protección de los derechos del consumidor. A su vez, la Competition and Markets Authority (CMA) cumple un papel central en el control de concentraciones empresariales, prácticas colusorias y abuso de posición dominante, velando por el mantenimiento de condiciones competitivas (Ofgem, 2023; Ofcom, 2023; CMA, 2023).

El análisis comparativo entre América Latina y los sistemas anglosajones —representados principalmente por Estados Unidos y el Reino Unido— permite identificar diferencias estructurales en el diseño, justificación y supervisión de los monopolios legales. Estas diferencias no solo responden a modelos jurídicos distintos (civil law vs. common law), sino también a orientaciones ideológicas y trayectorias históricas divergentes respecto al papel del Estado en la economía.

Mientras que en América Latina persiste una concepción estratégica del monopolio legal, vinculado a la provisión de servicios públicos esenciales y al control estatal sobre sectores clave, los sistemas anglosajones han promovido desde fines del siglo XX un enfoque basado en la liberalización de mercados, la promoción de competencia y la regulación descentralizada. A continuación, se detallan las principales distinciones en tres dimensiones críticas: (a) la estructura y justificación de los monopolios legales; (b) las políticas de competencia; y (c) los modelos de regulación y supervisión aplicados en cada contexto.

Estructura y justificación de los monopolios legales: En varios países latinoamericanos, los monopolios legales siguen vigentes en sectores estratégicos, como los hidrocarburos, la generación eléctrica, el agua potable o los servicios postales. Su justificación suele radicar en la necesidad de garantizar la continuidad de servicios públicos esenciales y preservar el control soberano sobre recursos naturales. Ejemplos paradigmáticos son Petroecuador, empresa estatal encargada de la explotación de petróleo en Ecuador, o las empresas distribuidoras eléctricas estatales en Chile (Petroecuador, s.f.; Comisión Nacional de Energía de Chile, 2020).

Por el contrario, estos sistemas priorizan la apertura de mercados como medio para alcanzar eficiencia y cobertura, limitando al máximo la presencia de mo-

nopolios legales. Las reformas desregulatorias en EE. UU., como la del sector de telecomunicaciones en 1996, y la privatización de servicios en el Reino Unido, evidencian una visión donde la competencia sustituye al monopolio como instrumento de política pública (Crandall, 2005; Helm, 2013).

Aunque existen autoridades antimonopolio en muchos países, como la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en Ecuador, su accionar se circunscribe a sectores no estratégicos, donde los monopolios están legalmente limitados. Sin embargo, en los sectores estratégicos, la competencia está restringida por diseño normativo, lo que dificulta una política proactiva de liberalización (Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2020).

En cambio, la política de competencia en estos sistemas es altamente institucionalizada y dotada de herramientas coercitivas eficaces. Tanto en Estados Unidos como en Reino Unido, las agencias antimonopolio gozan de autonomía técnica y poder legal para investigar e intervenir frente a prácticas anticompetitivas, incluyendo fusiones perjudiciales o precios predatorios (FTC, 2023; DOJ, 2023; CMA, 2023).

La regulación tiende a estar centralizada y fuertemente jerarquizada, con agencias estatales que fijan tarifas, autorizan inversiones y controlan el cumplimiento de estándares de calidad.

La regulación se basa en un enfoque descentralizado, orientado a resultados y con énfasis en la transparencia y el acceso equitativo a las redes. Por ejemplo, la FERC en EE. UU. regula el acceso no discriminatorio a redes de transmisión eléctrica, mientras que en el Reino Unido, Ofgem y Ofcom supervisan tanto la eficiencia como la competencia en mercados previamente monopolizados (FERC, 2023; Ofgem, 2023; Ofcom, 2023).

3. Síntesis crítica del derecho comparado en materia de concesiones

El análisis comparado de los regímenes concesionales en Chile, Perú, Colombia y en sistemas anglosajones (principalmente Estados Unidos y Reino Unido), evidencia que la concesión no puede comprenderse adecuadamente como

una institución homogénea ni como un simple “contrato tipo”. En realidad, se trata de un instrumento jurídico-político de organización de la provisión de infraestructura y servicios, cuya configuración normativa e institucional está determinada por tres variables mayores: (i) la concepción del Estado en la economía y en la garantía de servicios esenciales; (ii) la arquitectura institucional de estructuración, adjudicación, supervisión y control; y (iii) la gestión del riesgo y de los incentivos a lo largo del ciclo de vida del proyecto.

Desde esta perspectiva, el derecho comparado cumple una función metodológica clave: no se limita a describir “modelos”, sino que permite identificar racionalidades, detectar puntos críticos y construir criterios de evaluación que luego se proyectan, con ajustes, sobre el caso ecuatoriano.

3.1 Convergencias latinoamericanas

En Chile, Perú y Colombia se observa una convergencia estructural: la concesión se consolida como un mecanismo para expandir la capacidad estatal de inversión, capturar eficiencias del sector privado y acelerar la provisión de infraestructura, sin que ello implique —al menos en la arquitectura formal— una renuncia a la rectoría pública. En términos funcionales, la concesión opera como un dispositivo de colaboración público-privada orientado a resultados: construcción, operación, mantenimiento y prestación de servicios, bajo estándares definidos contractualmente y bajo supervisión estatal.

Ahora bien, esta convergencia no es únicamente técnica. Responde a un contexto histórico y político en el que la infraestructura ha sido tratada como una palanca de competitividad y desarrollo, mientras que los Estados enfrentan restricciones presupuestarias y limitaciones de ejecución directa. En ese marco, la concesión no sustituye al Estado: lo reconfigura. El problema crítico, desde una lectura institucional, es asegurar que dicha reconfiguración preserve el interés general, evitando que el contrato se convierta en un ámbito de privatización de decisiones públicas o de desbalance sistemático de riesgos.

3.2 Institucionalidad comparada

Un hallazgo central del derecho comparado es la tendencia a la especialización orgánica de la función concesional. Chile estructura su régimen alrededor de

la Dirección General de Concesiones; Perú articula el ciclo de proyectos con ProInversión; Colombia concentra competencias en la ANI, con un rol destacado de planeación y coordinación sectorial. Esta especialización cumple una finalidad de “gobernanza de portafolio”: permite estandarizar procesos, profesionalizar evaluaciones, controlar desempeño y sostener continuidad técnico-administrativa más allá de ciclos políticos.

Sin embargo, la especialización no elimina riesgos; los transforma. La tensión comparada más relevante es la que se produce entre capacidad técnica y control democrático, entre autonomía operativa y responsabilidad con control y rendición de cuentas. En sistemas concesionales robustos, la legitimidad no proviene solo del éxito económico del proyecto, sino de un “ecosistema de integridad” que combine: reglas de transparencia, control de legalidad, auditoría externa, control de competencia y trazabilidad de decisiones en todo el ciclo (estructuración–adjudicación–operación–renegociación). Cuando esa cadena se debilita, el régimen concesional tiende a exhibir patologías recurrentes: captura regulatoria, renegociaciones oportunistas, inflación de costos transaccionales, o desplazamiento indebido del riesgo hacia el Estado.

3.3 Procedimientos de adjudicación y competencia

El derecho comparado evidencia que los mecanismos de contratación se diseñan para equilibrar dos objetivos que suelen entrar en fricción: competencia e innovación. La licitación pública aparece como regla general en Chile, Perú y Colombia, buscando maximizar concurrencia, transparencia y comparabilidad de ofertas. No obstante, los mecanismos de propuestas no solicitadas y el Swiss Challenge introducen una lógica distinta: capturar innovación privada y acelerar la generación de cartera de proyectos, abriendo posteriormente un espacio competitivo.

Críticamente, el Swiss Challenge es un instrumento ambivalente: puede ser un catalizador de proyectos cuando el Estado carece de músculo técnico o de pipeline de inversión; pero también puede generar asimetrías de información y ventajas estructurales para el proponente original, afectando la competencia efectiva si no se construyen salvaguardas robustas (publicidad suficiente, estandarización de criterios, plazos adecuados, reglas claras de igualación, y evaluación independiente). En términos de gobernanza contractual, la clave es

que la “innovación” no degrade la “competencia”, ni que la “celeridad” degrade la “integridad del proceso”.

3.4 Contrato de largo plazo y gestión del riesgo

Una concesión es, en esencia, un contrato de largo plazo que busca internalizar dentro de un marco jurídico la incertidumbre propia de proyectos complejos. En Chile, Perú y Colombia se observan cláusulas y herramientas típicas: estándares de desempeño, sanciones, mecanismos de intervención pública, garantías, esquemas tarifarios o pagos estatales, y deberes de mantenimiento. En Colombia, por ejemplo, aparecen figuras como los step-in rights, orientadas a asegurar continuidad del servicio ante fallas críticas del concesionario.

El punto crítico es que en contratos de 20 o 30 años el riesgo no puede “eliminarse”: solo puede asignarse. Y la asignación no es neutra: define incentivos, define costos y determina si el proyecto es bancable y, a la vez, legítimo socialmente. Desde una lectura crítica, el derecho comparado muestra que muchos “fracasos” concesionales no provienen de ausencia de reglas, sino de mala asignación de riesgos o de asignación “formal” que luego es revertida en renegociación. De ahí que la capacidad estatal no deba medirse únicamente por adjudicar, sino por gestionar el contrato con disciplina técnica y consistencia jurídica en el tiempo.

3.5 Equilibrio económico-financiero

Un eje comparado transversal es la figura de la restitución del equilibrio económico-financiero (REEF). En los regímenes latinoamericanos analizados, este principio cumple una función de sostenibilidad: evitar que hechos extraordinarios, actos del Estado o cambios normativos destruyan la economía del contrato, comprometiendo continuidad del servicio e inversiones.

No obstante, la experiencia comparada sugiere un riesgo institucional: el equilibrio económico-financiero puede convertirse en un “canal de renegociación permanente”, en el que la asimetría informativa y el poder negociador del concesionario (especialmente en activos esenciales ya construidos), erosionen el diseño competitivo original. Por ello, el punto de rigor no es “reconocer o no

reconocer” el equilibrio, sino condicionarlo y gobernarlo: causales tasadas y verificables, metodologías de cuantificación transparentes, auditoría técnica independiente, y mecanismos de aprobación con control reforzado. Si estas condiciones no existen, la REEF deja de ser un estabilizador y pasa a ser un vector de transferencia de rentas, debilitando la confianza pública en el modelo.

3.6 Resolución de controversias

El derecho comparado también muestra que los contratos concesionales tienden a incorporar arbitraje, mediación o jurisdicción estatal como vías de solución de controversias, buscando rapidez y especialización técnica. Sin embargo, la decisión no es meramente procedimental. Implica definir qué ámbitos son plenamente disponibles por las partes y cuáles están ligados al orden público, a la continuidad del servicio y a potestades de control que no pueden ser neutralizadas por mecanismos puramente privados.

En términos de diseño institucional, la solución eficiente de disputas debe convivir con la preservación del interés general. Un modelo maduro no “fetichiza” el arbitraje, sino que lo inserta en una estrategia de gobernanza: prevención de conflictos (tableros de control, supervisión permanente, instancias técnicas) y resolución con transparencia suficiente, evitando que la confidencialidad se convierta en opacidad estructural para asuntos que impactan servicios públicos y finanzas estatales.

3.7 Sistemas anglosajones: competencia, regulación independiente y excepcionalidad del monopolio concesional

En Estados Unidos y Reino Unido, el enfoque estructural difiere. La concesión como otorgamiento de monopolio legal es menos frecuente, y el objetivo central se desplaza a liberalización con regulación, control antimonopolio y supervisión por agencias independientes. Se prioriza la competencia como mecanismo de eficiencia, limitando estructuras monopólicas a segmentos estrictamente necesarios (por ejemplo, redes), con énfasis en acceso no discriminatorio, regulación por incentivos y control ex post.

Esta divergencia es particularmente útil para la crítica latinoamericana: demuestra que el “problema” no es público vs. privado, sino cómo se gobierna el

poder de mercado y cómo se protege al usuario. En el modelo anglosajón, la legitimidad descansa menos en el contrato de largo plazo y más en una combinación de: reglas de competencia, regulación sectorial fuerte y aplicación eficaz. En el modelo latinoamericano, en cambio, la legitimidad depende críticamente de que el contrato concesional no sustituya la regulación, sino que sea su extensión funcional bajo control público efectivo.

3.8 Balance crítico y articulación con las conclusiones

El balance del análisis comparado permite arribar a una conclusión metodológica central: el derecho comparado, en materia de concesiones y esquemas de colaboración público-privada, no constituye un repertorio de modelos normativos exportables de manera inmediata, sino un instrumento analítico destinado a identificar criterios de racionalidad institucional, cuya aplicación exige un ejercicio previo de contextualización jurídica, constitucional y administrativa. En consecuencia, la utilidad del derecho comparado no radica en la imitación formal de soluciones ajenas, sino en la comprensión de las condiciones estructurales que explican su funcionamiento, así como de las disfuncionalidades que emergen cuando dichas condiciones no se reproducen en el ordenamiento receptor.

Desde esta perspectiva, los sistemas latinoamericanos examinados —Chile, Perú y Colombia— ponen de manifiesto la capacidad de la concesión como herramienta de política pública orientada a movilizar inversión privada, acelerar la provisión de infraestructura y ampliar la cobertura de servicios públicos en contextos de restricción fiscal y limitada capacidad de ejecución directa del Estado. La experiencia comparada demuestra que, bajo determinados arreglos institucionales, la concesión puede constituir un mecanismo eficaz para articular intereses públicos y privados, asignar riesgos y estructurar proyectos de alta complejidad técnica y financiera.

No obstante, el mismo análisis evidencia que estos modelos presentan vulnerabilidades estructurales recurrentes, que no pueden ser interpretadas como desviaciones ocasionales, sino como riesgos inherentes al diseño concesional cuando no se encuentra acompañado de una institucionalidad suficientemente robusta. Entre tales vulnerabilidades destacan, de manera particular, la fre-

cuencia de renegociaciones contractuales, que tienden a erosionar los resultados del procedimiento competitivo original; la asimetría informativa entre el concedente y el concesionario, acentuada por la duración de los contratos y la complejidad técnica de los proyectos; los riesgos de integridad y captura regulatoria, especialmente en fases críticas del ciclo contractual; y la debilidad de los mecanismos de control ex post, que en muchos casos resultan reactivos y tardíos frente a desviaciones significativas del interés público.

En contraste, los sistemas anglosajones —principalmente Estados Unidos y el Reino Unido— revelan una lógica institucional distinta, caracterizada por la excepcionalidad del monopolio legal concesional y por la primacía de la competencia regulada como mecanismo de asignación eficiente de recursos y protección del usuario. En estos ordenamientos, la provisión de servicios e infraestructuras se apoya menos en contratos concesionales de largo plazo y más en mercados abiertos, regulados por autoridades independientes dotadas de amplias potestades de supervisión y sanción. La experiencia comparada demuestra que, en determinados sectores y bajo condiciones institucionales específicas, la competencia puede sustituir funcionalmente a la concesión monopólica, siempre que exista un aparato regulatorio técnicamente especializado, autónomo y con capacidad real de ejecución.

Sin embargo, este modelo tampoco es neutral desde el punto de vista institucional. La liberalización y la regulación por incentivos exigen capacidades estatales sostenidas, tanto en términos técnicos como organizativos, así como una cultura institucional de cumplimiento y control permanente. En ausencia de estas condiciones, la apertura de mercados puede derivar en fallas estructurales tan graves como aquellas asociadas a monopolios concesionales mal diseñados o deficientemente controlados. De ello se desprende que la disyuntiva no se sitúa entre concesión y competencia como categorías abstractas, sino entre diseños institucionales coherentes o incoherentes con la capacidad real del Estado.

A partir de estas consideraciones, la articulación de este balance comparado con las conclusiones generales de la obra debe asumir un enfoque jurídicamente consistente, institucionalmente realista y orientado a la toma de decisiones públicas. En primer lugar, resulta imprescindible evaluar, en el caso ecuatoriano, el nivel efectivo de capacidad institucional para estructurar proyectos, con-

ducir procesos de adjudicación, fiscalizar la ejecución contractual y gestionar renegociaciones inevitables sin comprometer el interés general. En segundo lugar, se impone la necesidad de definir con precisión la asignación de riesgos, diferenciando aquellos que pueden ser legítimamente transferidos al concesionario de aquellos que, por mandato constitucional, por naturaleza del servicio público o por razones de soberanía regulatoria, deben permanecer bajo responsabilidad estatal.

En tercer lugar, el derecho comparado pone de relieve la importancia de diseñar salvaguardas normativas e institucionales en torno al equilibrio económico-financiero, a fin de que este principio opere como un mecanismo de estabilidad contractual y continuidad del servicio, y no como una vía de renegociación permanente o de transferencia indirecta de rentas públicas. Finalmente, se evidencia la necesidad de reforzar de manera transversal el ecosistema de integridad, control y transparencia, entendiendo que la sostenibilidad del modelo concesional no depende únicamente de su eficiencia económica, sino de su legitimidad jurídica, política y social.

En este marco, el aporte crítico del derecho comparado consiste en demostrar que la concesión resulta eficaz únicamente cuando el Estado ejerce un rol activo y permanente como estrategia, regulador y gestor contractual, y no cuando se limita a actuar como un mero adjudicador de proyectos. La experiencia comparada confirma que los principales déficits de los sistemas concesionales no se originan en la fase de licitación, sino en la fase de ejecución, supervisión y control. Por ello, las conclusiones generales de la obra pueden sustentarse sobre un estándar normativo claro: la concesión no constituye un fin en sí mismo, sino un medio instrumental al servicio del interés público, cuya legitimidad depende directamente de la calidad institucional, de la disciplina regulatoria y de la coherencia entre el diseño contractual y la efectiva protección de los derechos colectivos y de los usuarios.

Parte II

Aspectos jurídicos y administrativos de las concesiones

4. Naturaleza jurídica

Para comprender adecuadamente la figura de la concesión administrativa, es necesario analizar su naturaleza jurídica a la luz de su evolución histórica y su fundamentación teórica. Esta figura no es reciente: sus antecedentes se remontan al Derecho romano, donde ya existían formas primitivas de delegación de funciones o bienes públicos a particulares.

A lo largo del tiempo, el concepto ha experimentado transformaciones sustanciales, adaptándose a los distintos contextos políticos, económicos y jurídicos. En América Latina, el modelo contemporáneo de concesión se consolidó especialmente durante el siglo XX, en el marco del fortalecimiento del rol del Estado como regulador y promotor del desarrollo, así como de la necesidad de movilizar inversión privada en sectores estratégicos.

Según el jurista argentino Miguel Marienhoff, la concesión es “el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona -física o jurídica, privada o pública-, por tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público” (Marienhoff, M. S. (1998). Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot).

El español Eduardo García de Enterría, define la concesión como “un derecho real administrativo que se constituye por un acto de soberanía a favor de un particular sobre una dependencia del dominio público, con un destino de uso o de servicio público” (García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (2004). Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas).

El jurista peruano Jorge Danós Ordóñez, señala que “la concesión administrativa es el acto por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos por un plazo determinado” (Danós Ordóñez, J. (2007). El régimen de los contratos estatales en el Perú. Revista de Derecho Administrativo).

Estas definiciones confluyen en la idea de que, para que exista una concesión válida, se deben cumplir tres elementos esenciales:

1. existir un bien o un servicio público administrado por el Estado.
2. permitir la delegación de la gestión de estos bienes o servicios a privados a partir de las leyes y la Constitución.
3. requerir un contrato de concesión para establecer los términos y condiciones de la delegación.

Es importante destacar que en todos los casos, el Estado mantiene la titularidad del bien o servicio público, delegando únicamente su gestión o explotación por un tiempo determinado. Esta característica es esencial para distinguir a la concesión administrativa de otras formas de transferencia o enajenación de activos estatales, ya que la titularidad del bien permanece en el dominio público.

A partir de esta premisa —la conservación de la propiedad estatal durante la vigencia del contrato— resulta pertinente examinar la tipología de los bienes públicos involucrados en los regímenes concesionarios, pues su naturaleza incide directamente en el alcance, límites y condiciones del vínculo concesional.

4.1 Los bienes o servicios públicos administrados por el Estado.

En el marco de la concesión administrativa, no solo se delega la gestión de bienes públicos, sino también la prestación de servicios públicos, entendidos como aquellas actividades orientadas a satisfacer necesidades colectivas de carácter esencial, permanente y continuo. En Ecuador, el artículo 314 de la Constitución reconoce que el Estado es responsable de la provisión de servicios públicos, pudiendo delegar su gestión a entidades privadas bajo condiciones específicas. Los servicios públicos están estrechamente vinculados con los bienes públicos,

ya que requieren de una infraestructura física, tecnológica o territorial para su prestación. Así, carreteras, puertos, hospitales o frecuencias radioeléctricas constituyen el soporte material sobre el cual se organiza el servicio, y su concesión implica tanto la entrega temporal del bien como la obligación de garantizar la continuidad, calidad y accesibilidad del servicio.

La concesión de servicios públicos implica, por tanto, una forma de colaboración público-privada que debe preservar los principios de universalidad, eficiencia, responsabilidad y control estatal. El Estado mantiene la titularidad de los bienes y la potestad de regulación, fiscalización y sanción, asegurando que el servicio siga orientado al interés general.

Este vínculo entre bien público y servicio público permite entender la lógica jurídica y funcional de los contratos de concesión, especialmente en sectores como transporte, salud, telecomunicaciones, energía y agua potable, donde el cumplimiento de derechos fundamentales está directamente relacionado con la calidad de los servicios prestados.

4.2 Los bienes públicos de la concesión.

Los bienes públicos son aquellos que, por su naturaleza, están destinados al uso y disfrute de toda la sociedad y cuya propiedad y gestión corresponden al Estado. Estos bienes pueden clasificarse en dos categorías principales: bienes de uso público y bienes del dominio privado del Estado.

Bienes de uso público: estos son aquellos destinados a un uso general por parte de la ciudadanía, como calles, plazas, puentes, caminos y playas. Su principal característica es que su uso no puede ser excluido a ninguna persona y su aprovechamiento por una persona no disminuye la disponibilidad para los demás (Musgrave, 1959). Según Cassese (2005), los bienes de uso público son esenciales para garantizar el ejercicio de derechos fundamentales y la cohesión social.

Bienes del dominio privado del Estado: son aquellos bienes que, aun perteneciendo al Estado, no están destinados al uso general, sino que pueden ser explotados o gestionados de manera privada bajo ciertas condiciones. Ejemplos de estos bienes incluyen ciertos edificios gubernamentales, tierras y propiedades

que no están abiertas al público en general (Samuelson, 1954). Gómez (2012) señala que estos bienes pueden ser utilizados para generar ingresos adicionales para el Estado, siempre y cuando se mantenga su propiedad pública.

En Ecuador, el Código Civil establece claramente la distinción y gestión de estos bienes. Según el artículo 603, los bienes de uso público y aquellos del dominio privado del Estado están sujetos a diferentes reglas de administración y uso (República del Ecuador, 2005). Esta normativa asegura que los bienes públicos se mantengan bajo el control del Estado para garantizar su preservación y disponibilidad para el uso general. De acuerdo con Gordillo (2013), esta distinción es fundamental para proteger el patrimonio público y garantizar su uso sostenible.

En el contexto de concesiones, los bienes públicos pueden ser entregados a entidades privadas para su explotación y gestión, siempre bajo condiciones específicas que garanticen su uso adecuado y su retorno al Estado al finalizar el contrato. Este tipo de acuerdos se realizan generalmente para mejorar la eficiencia en la gestión y operación de servicios públicos, como carreteras, aeropuertos, puertos, entre otros.

La ejecución de un contrato de concesión no solo exige una sólida fundamentación jurídica, sino también la implementación de procedimientos técnicos, administrativos y financieros que garanticen su adecuada operatividad y fiscalización. Estos procedimientos están destinados a preservar el interés público, asegurar la integridad de los bienes involucrados, garantizar la calidad en la prestación de los servicios y establecer mecanismos efectivos de supervisión estatal.

Asimismo, las condiciones contractuales deben reflejar con precisión los principios de legalidad, eficiencia, equidad, sostenibilidad y transparencia, conforme al marco normativo aplicable. La correcta aplicación de estos procedimientos resulta esencial para prevenir conflictos, asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el concesionario, y garantizar que los bienes y servicios públicos retornen al Estado en condiciones óptimas, una vez concluido el vínculo contractual. En este contexto, se destacan ciertos elementos operativos fundamentales que deben observarse durante el ciclo de vida del contrato de concesión.

1. *Acta de entrega-recepción*: al inicio y al término del contrato de concesión, es obligatorio que se suscriba un acta de entrega-recepción de la infraestructura involucrada. Esto asegura que las condiciones de los bienes públicos se verifiquen adecuadamente y cualquier mejora realizada durante el período de concesión quede a favor del Estado (República del Ecuador, 2008). Según Buitrago (2010), este procedimiento es esencial para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en los contratos de concesión.

2. *Regulación de tarifas y gestión*: aunque el delegatario puede gestionar y operar los servicios públicos, la entidad delegante mantiene la facultad de regular y establecer las tarifas, asegurando que estas sean justas y reflejen el valor real del servicio prestado (República del Ecuador, 2008). Parada (2015) destaca la regulación de tarifas para proteger a los usuarios y garantizar el acceso equitativo a los servicios públicos.

3. *Inmuebles para proyectos*: en casos donde sea necesario adquirir inmuebles para el desarrollo de proyectos, la ley permite que la empresa privada gestione esta adquisición. No obstante, la expropiación y valoración del justo precio son procesos que siguen bajo la supervisión y regulación del Estado, como lo establece la Ley de Caminos (1964). Conforme a Ponce (2009), la intervención estatal en la expropiación asegura que se respeten los derechos de propiedad y se establezca un precio justo para los inmuebles afectados.

4. *Supervisión y fiscalización*: el ente delegante mantiene facultades de control, supervisión y fiscalización en todas las fases de la concesión. Esto incluye la posibilidad de contratar auditorías especializadas nacionales o internacionales para asegurar el cumplimiento de los términos establecidos en el contrato de concesión. Según Sánchez (2018), la supervisión continua es esencial para prevenir abusos y asegurar que los objetivos del contrato de concesión se cumplan.

Los bienes públicos administrados por el Estado pueden ser entregados en concesión a entidades privadas en varios sectores, tales como aeropuertos, puertos, telefonía, radio y salud. A continuación, se describe cómo estos bienes pueden ser utilizados en contratos de concesión en estos sectores específicos.

1. Los aeropuertos son bienes públicos que pueden ser entregados en concesión para su operación, mantenimiento y desarrollo. Esta

modalidad busca mejorar la infraestructura aeroportuaria y la calidad del servicio. La concesión de aeropuertos permite al concesionario cobrar tarifas por el uso de las instalaciones y servicios, mientras que el Estado supervisa y regula las operaciones (República del Ecuador, 2008). Según Castañeda (2014), la concesión de aeropuertos puede aumentar significativamente la eficiencia operativa y la inversión en infraestructura. Esto incluye no solo la mejora física de las instalaciones, sino también la optimización de los procesos operativos, como el manejo de equipaje y el control del tráfico aéreo.

2. Los puertos, esenciales para el comercio internacional, también pueden ser gestionados por concesionarios privados. Esta concesión busca mejorar la infraestructura portuaria, incrementar la eficiencia operativa y reducir costos. La Autoridad Portuaria y la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial son las entidades encargadas de supervisar y regular las operaciones portuarias (República del Ecuador, 2008). González (2013) argumenta que la participación privada en la gestión portuaria puede reducir los tiempos de espera y los costos logísticos. La concesión permite a los operadores privados invertir en tecnología y modernización de equipos, para mantener la competitividad en el comercio global.

3. El sector de telecomunicaciones, que incluye telefonía y radio, la concesión a entidades privadas permite una expansión más rápida y eficiente de la infraestructura y los servicios, favoreciendo la cobertura y calidad. La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL) es la entidad encargada de regular y supervisar estas concesiones (República del Ecuador, 2015). Ruiz (2016) sostiene que la regulación efectiva es vital para garantizar la competencia justa y proteger los derechos de los consumidores. Las concesiones en este sector fortalecen el desarrollo tecnológico y la mejora continua de los servicios de comunicación.

4. La concesión en el sector salud permite la gestión privada de hospitales y centros de salud, con el objetivo de mejorar la calidad de la atención médica y optimizar los recursos disponibles. El Ministerio de Salud Pública supervisa y regula estas concesiones (República del Ecuador, 2008). Medina (2017) señala que las concesiones en salud pueden incrementar la eficiencia y calidad del servicio, siempre que se mantenen-

gan estrictos controles de calidad y accesibilidad. Las concesiones en salud también pueden facilitar la implementación de tecnologías médicas avanzadas y mejorar la infraestructura hospitalaria, beneficiando directamente a los pacientes.

4.3 Los servicios públicos de la concesión.

La noción de servicio público constituye una categoría central del derecho administrativo, estrechamente vinculada al interés general y a la función social del Estado. En el ordenamiento ecuatoriano, los servicios públicos están definidos como aquellas actividades organizadas, reguladas y, por lo general, prestadas por el Estado para satisfacer necesidades colectivas esenciales de manera continua, eficiente y universal (Constitución de la República del Ecuador [CRE], 2008, art. 314).

Según Cassagne (2004, p. 181), los servicios públicos no solo son funciones administrativas del Estado, sino una manifestación concreta de su deber constitucional de garantizar derechos fundamentales. En ese marco, pueden comprender tanto servicios sociales —como la educación, la salud o el acceso al agua potable— como servicios económicos —entre ellos, la provisión de energía, el transporte y las telecomunicaciones—. La característica distintiva del servicio público radica en su finalidad de utilidad general, que justifica su regulación específica, su continuidad obligatoria y su sujeción al control estatal permanente. En el Ecuador, la Constitución permite la delegación de la gestión de servicios públicos a empresas privadas o mixtas, siempre bajo condiciones que aseguren la universalidad, calidad, eficiencia y asequibilidad de la prestación (CRE, 2008, arts. 314 y 315). Esta delegación no implica la transferencia de titularidad ni el desentendimiento del Estado sobre su responsabilidad primaria en la provisión del servicio.

La concesión de servicios públicos se configura como una modalidad contractual mediante la cual el Estado encarga a un operador privado, por un plazo determinado, la prestación de un servicio público, incluyendo la operación de la infraestructura asociada (Danós Ordóñez, 2007, p. 36). En este modelo, el concesionario asume los riesgos operativos y financieros del servicio, pero queda sujeto a los estándares y regulaciones impuestas por la entidad delegante. Es importante destacar que la concesión puede recaer tanto sobre el servicio

como sobre los bienes públicos necesarios para su funcionamiento, como una carretera, un aeropuerto o una red eléctrica. No obstante, mientras los bienes se regulan por el régimen patrimonial del dominio público o privado del Estado, los servicios se rigen por principios como la prestación continua, la accesibilidad, la rendición de cuentas y el control tarifario (Gordillo, 2013, pp. 127–130). En este sentido, García de Enterría y Fernández (2004, p. 545) subrayan que, incluso cuando el servicio es prestado por una empresa privada, su naturaleza de servicio público subsiste, lo que obliga a respetar las garantías propias del derecho administrativo, incluyendo la reversibilidad del servicio, la supervisión estatal y la protección de los derechos de los usuarios.

Este modelo de colaboración ha sido adoptado en numerosos países. Según Yescombe (2011, pp. 7–10), las asociaciones público-privadas (APP) han permitido al Estado aprovechar la capacidad técnica, operativa y financiera del sector privado sin renunciar a su rol rector. La naturaleza delegable de los servicios públicos varía según la legislación nacional y el contexto institucional, pero suele incluir sectores clave para el desarrollo económico y social.

El Banco Mundial (2020, pp. 5–8) identifica como delegables, entre otros:

1. Los servicios de transporte incluyendo— carreteras, autopistas, aeropuertos, ferrocarriles y puertos marítimos—,
2. Los servicios energéticos—como la generación y distribución de electricidad o gas natural—,
3. Los servicios de agua potable y saneamiento—como la captación, tratamiento y distribución del recurso hídrico y la gestión de aguas residuales—,
4. La construcción y operación de hospitales y centros de salud,
5. La infraestructura educativa junto con servicios complementarios como alimentación o transporte escolar,
6. La expansión de redes de telecomunicaciones—especialmente fibra óptica y redes móviles—,
7. La gestión integral de residuos sólidos,
8. El desarrollo de proyectos de vivienda social,
9. Servicios tecnológicos públicos como plataformas electrónicas, sistemas de identidad digital o registros civiles.

En América Latina, la implementación de concesiones y APP ha sido especialmente relevante para superar déficits históricos de inversión. En Chile, por ejemplo, el Ministerio de Obras Públicas ha promovido modelos de concesión para carreteras, hospitales, cárceles y aeropuertos, configurando una institucionalidad madura en este campo (Ministerio de Obras Públicas de Chile, 2021, p. 17). Colombia ha consolidado su marco jurídico a través de la Ley 1508 de 2012, que permite delegar servicios en educación, salud, transporte y justicia, bajo criterios de eficiencia y sostenibilidad fiscal (Departamento Nacional de Planeación, 2020, pp. 12–14). Perú, por su parte, ha impulsado APP en sectores como energía, telecomunicaciones, transporte urbano e infraestructura hospitalaria, destacando proyectos como la red dorsal de fibra óptica y el Metro de Lima (Proinversión, 2021). Brasil ha complementado su estrategia de concesiones en sectores tradicionales con nuevas iniciativas en educación técnica, digitalización del Estado y saneamiento básico (BNDES, 2020, pp. 21–25).

En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 permite la delegación de servicios públicos al sector privado o mixto, siempre bajo regulación estatal y en el marco de los principios de eficiencia, calidad, continuidad, universalidad y control social (CRE, arts. 314–317). La Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), la Ley de Alianzas Público-Privadas de 2015 y diversas normas sectoriales regulan esta materia. Entre los servicios que actualmente pueden ser delegados mediante concesión o APP se encuentran el transporte, incluyendo la gestión de carreteras estatales, aeropuertos como los de Quito y Guayaquil, puertos como Posorja y Puerto Bolívar, y sistemas urbanos como la Metrovía de Guayaquil. En el sector energético, pueden delegarse proyectos de generación hidroeléctrica o solar en modalidad BOT, así como la distribución eléctrica en nuevas zonas urbanas. En cuanto al agua potable y el saneamiento, algunos municipios han delegado la operación y expansión de redes a operadores privados, como en los cantones de Quito y Samborondón.

La gestión de hospitales y centros de salud públicos también ha sido objeto de delegación parcial, como en el caso del Hospital Monte Sinaí. En educación, aunque la Constitución impone límites en cuanto a la delegación de contenidos, sí se han desarrollado esquemas de concesión para infraestructura y servicios complementarios. En telecomunicaciones, el Estado ha concesionado bandas radioeléctricas a operadores como CLARO y Movistar, así como redes

de conectividad rural. En el campo ambiental y turístico, el Ministerio del Ambiente ha promovido concesiones reguladas para servicios en áreas protegidas como Galápagos. Finalmente, otros servicios emergentes en el ámbito digital, como la firma electrónica, los registros automatizados y las plataformas de ventanilla única, también se han implementado bajo esquemas de colaboración con el sector privado, preservando la titularidad estatal sobre la información y los sistemas.

En Ecuador, la concesión de bienes públicos permite al Estado contar con la capacidad técnica y financiera del sector privado para operar servicios y ejecutar obras de interés general, sin renunciar a su rol de regulador y propietario.

El contrato de concesión en Ecuador está regido por principios de legalidad, eficiencia, equidad y sostenibilidad, y su ejecución se sujeta a controles específicos en varias etapas:

1. *Acta de entrega-recepción*: documento clave que registra el estado de los bienes al inicio y fin del contrato. Garantiza la reversión de las mejoras al patrimonio estatal (Buitrago, 2010).
2. *Regulación tarifaria*: si bien el concesionario puede operar el servicio, la fijación y revisión de tarifas permanece bajo la competencia estatal, para evitar abusos y garantizar la accesibilidad (Parada, 2015).
3. *Adquisición de inmuebles y expropiación*: cuando el proyecto requiere bienes adicionales, el concesionario puede gestionarlos, pero la expropiación y fijación del justo precio sigue siendo competencia exclusiva del Estado, conforme a la Ley de Caminos (1964) y principios constitucionales (Ponce, 2009).
4. *Supervisión y fiscalización*: el ente público conserva la facultad de control durante todo el periodo concesional, con posibilidad de realizar auditorías internas o externas (Sánchez, 2018).

4.4 Sectores estratégicos y concesión de bienes públicos

Los bienes públicos en concesión siguen siendo de titularidad estatal, y su entrega a privados se fundamenta en una lógica de colaboración, no de transferencia de propiedad. La figura concesional, bien aplicada, representa una herramienta

eficaz para potenciar el desarrollo de infraestructura y mejorar la prestación de servicios, sin abdicar del control público sobre sectores estratégicos.

No obstante, el diseño y ejecución de estos contratos exige un equilibrio entre eficiencia económica, sostenibilidad social y salvaguarda del interés público, lo cual requiere marcos legales sólidos, fiscalización efectiva y participación ciudadana.

La figura del bien público concesionado es uno de los pilares de los contratos de colaboración público-privada. Preservar la titularidad estatal, garantizar la reversión al finalizar el contrato, y regular con precisión los derechos y obligaciones sobre los bienes construidos o adquiridos durante la ejecución, son condiciones fundamentales para proteger el interés general.

En Ecuador, el desarrollo normativo y jurisprudencial ha permitido consolidar un modelo concesional que reconoce el rol del sector privado, sin renunciar a los atributos esenciales del dominio público. No obstante, se requiere una fiscalización activa y una planificación jurídica rigurosa para evitar conflictos, proteger los bienes públicos y asegurar que estos sigan cumpliendo su función social una vez finalizada la delegación.

La concesión administrativa implica un régimen especial de gestión de bienes públicos que preserva la titularidad estatal, mientras se transfiere temporalmente su administración o explotación a particulares. Este modelo se fundamenta en principios constitucionales como el interés general, la eficiencia, la legalidad y la intangibilidad del patrimonio público.

Los bienes públicos que pueden formar parte de un contrato de concesión pueden ser:

1. preexistentes: bienes estatales que ya forman parte del dominio público o del dominio privado del Estado al momento de la concesión (por ejemplo, una carretera existente, un puerto en funcionamiento o una frecuencia radioeléctrica).
2. adquiridos o construidos durante la concesión: obras, instalaciones, equipamientos o terrenos que el concesionario compra, construye o mejora como parte de sus obligaciones contractuales.

La configuración jurídica de estos bienes se rige por los principios del derecho administrativo patrimonial:

1. la inalienabilidad y no prescriptibilidad del dominio público.
2. la reversión obligatoria de los bienes al Estado al finalizar la concesión.
3. la inalterabilidad del uso público o estratégico del bien (Cassese, 2005; García de Enterría & Fernández, 2004).

Conforme al ordenamiento ecuatoriano, el Estado o las entidades públicas titulares del bien, son los únicos legitimados para mantener la propiedad del bien público. Ni la concesión ni el uso prolongado otorgan derechos de propiedad al concesionario.

Así lo establece el artículo 315 de la Constitución ecuatoriana al disponer que los sectores estratégicos y los bienes de dominio público están bajo titularidad del Estado, y solo se permite su delegación mediante contrato o autorización legal, sin que ello implique transferencia de propiedad.

Uno de los aspectos más complejos en la práctica de las concesiones es el tratamiento de los bienes que son adquiridos o edificados por el concesionario. Existen dos figuras:

1. bienes incorporados de manera inmediata al dominio público: como regla general, si los bienes fueron adquiridos o construidos con fondos del concesionario, pero forman parte esencial del objeto concedido, se considera que se integran desde su entrega al patrimonio del Estado, aunque el concesionario mantenga el uso exclusivo durante el plazo de vigencia (Marienhoff, 1998; Danós Ordoñez, 2007).
2. bienes reversibles: si bien el concesionario puede tener derecho a su uso, explotación y amortización durante el contrato, estos bienes se revierten sin compensación alguna al Estado al concluir la concesión, salvo estipulación contractual en contrario o cuando existan acuerdos sobre compensaciones por inversiones no amortizadas (Parada, 2015).

Este principio de reversión garantiza la continuidad del servicio público y la protección del interés estatal, y se encuentra desarrollado en diversas normativas sectoriales y en las cláusulas contractuales tipo elaboradas por entidades como la ARCOTEL, la Subsecretaría de Puertos o la Agencia Nacional de Tránsito.

La extinción del contrato de concesión —sea por cumplimiento del plazo, mutuo acuerdo, caducidad o terminación anticipada por causa justificada— activa la cláusula de reversión. Esto significa que:

1. todos los bienes esenciales para la prestación del servicio se reintegran al patrimonio del Estado en buen estado operativo.
2. no procede reclamo alguno de propiedad por parte del concesionario, aunque puede exigirse indemnización si se comprueba incumplimiento del Estado que impidió recuperar la inversión (Gordillo, 2013).
3. se suscribe un acta de recepción-reversión, en la que se detalla el estado físico, técnico y jurídico de los bienes restituidos, incluyendo sus mejoras, inventario y documentación técnica.
4. se pacta, en algunos casos, la transferencia onerosa de bienes accesorios no reversibles, especialmente si pueden ser reutilizados en otra actividad.

Este mecanismo evita la interrupción del servicio público, preserva la inversión pública y garantiza el principio de continuidad administrativa.

Durante la concesión, el Estado no solo actúa como propietario y regulador, sino también como garante de los derechos de los usuarios. Esto se traduce en facultades tales como:

1. aprobación previa de las obras y modificaciones sobre los bienes públicos.
2. fiscalización técnica, económica y jurídica de las inversiones.
3. control tarifario para evitar abusos y garantizar el acceso equitativo (Sánchez, 2018).
4. supervisión del cumplimiento de cláusulas ambientales, sociales y de mantenimiento.

Después de la concesión, el Estado debe garantizar que los bienes revertidos:

1. se integren al inventario patrimonial de la entidad pública correspondiente.
2. sean utilizados conforme a su naturaleza pública o puestos nuevamente en concesión si se justifica su continuidad bajo gestión privada.
3. sean mantenidos y preservados de acuerdo con la finalidad del servicio público.

4.5 Análisis de los sectores estratégicos

La Constitución de la República del Ecuador configura a los sectores estratégicos como agentes -de intervención estatal reforzada, atendiendo a su trascendencia económica, social, política y ambiental, así como a su incidencia directa en el desarrollo de los derechos y en la realización del interés general. Esta opción constitucional no surge de manera aislada, sino que se inscribe dentro de una tradición del derecho público que reconoce la existencia de determinadas actividades cuya relevancia estructural exige un régimen jurídico diferenciado y una presencia intensificada del Estado.

Desde la doctrina del derecho administrativo, se ha sostenido que existen sectores de la actividad económica que, por su naturaleza y efectos, no pueden ser tratados como simples espacios de libre iniciativa privada, en tanto condicionan el funcionamiento del Estado y la satisfacción de necesidades colectivas esenciales. En este sentido, Duguit advertía que ciertas actividades, por su vinculación con la solidaridad social y el interés general, justifican una intervención pública más intensa, incluso cuando son ejecutadas por operadores distintos al Estado (Duguit, 1921).

Bajo esta lógica, la calificación de un sector como estratégico responde a criterios materiales y funcionales, y no meramente económicos. Como señala García de Enterría, el carácter estratégico de una actividad se vincula con su capacidad de incidir en la organización social, en la seguridad colectiva y en la efectividad de los derechos, lo que legitima la atribución al Estado de po-

testades reforzadas de dirección, regulación y control (García de Enterría & Fernández, 2011).

El artículo 313 de la Constitución ecuatoriana dispone que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, estableciendo además que dicha actuación debe orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Esta disposición no se limita a una cláusula competencial, sino que incorpora un criterio sustantivo de identificación, al señalar que se trata de sectores que, por su magnitud y trascendencia, ejercen una influencia decisiva en la estructura del Estado y en la vida colectiva (Constitución de la República del Ecuador [CRE], 2008).

Desde una perspectiva conceptual, la doctrina ha definido los sectores estratégicos como aquellos ámbitos de actividad económica o social cuya gestión incide directamente en la capacidad del Estado para cumplir sus fines esenciales, tales como la garantía de derechos fundamentales, la provisión de servicios básicos, la protección de recursos naturales y la preservación de la soberanía económica. Cassagne sostiene que estos sectores se caracterizan por requerir una dirección pública permanente, aun cuando su ejecución material pueda ser confiada a terceros bajo regímenes jurídicos especiales (Cassagne, 2011).

En el derecho público comparado, los sectores estratégicos suelen coincidir con áreas vinculadas a la energía, las telecomunicaciones, el transporte, el agua y los recursos naturales, en tanto constituyen infraestructuras críticas para el desarrollo y la cohesión social. Santamaría Pastor destaca que la intervención estatal en estos sectores no obedece a un afán de monopolización, sino a la necesidad de asegurar continuidad, universalidad y calidad en actividades esenciales para la colectividad (Santamaría Pastor, 2018).

Desde esta óptica, la incorporación de los sectores estratégicos en el texto constitucional cumple una función de blindaje normativo, al elevar a rango constitucional determinadas decisiones de política pública que, de otro modo, quedarían expuestas a cambios coyunturales o a procesos de desregulación incompatibles con la protección del interés general. La Constitución, al constitucionalizar estos sectores, delimita un espacio de actuación en el cual la libertad económica se encuentra legítimamente condicionada por razones de interés público y de garantía de derechos.

No obstante, la doctrina también ha advertido que la constitucionalización de sectores estratégicos debe ser interpretada con cautela, a fin de evitar rigideces excesivas que limiten innecesariamente la innovación, la eficiencia o la colaboración público-privada. En este sentido, la noción de sector estratégico debe entenderse como un concepto jurídico-funcional, cuya aplicación debe responder a los fines que justificaron su incorporación en la Constitución y no como una categoría cerrada o inmutable (Parejo Alfonso, 2016).

Sobre este punto, la Corte Constitucional, al ejercer su competencia interpretativa respecto de los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República del Ecuador, ha precisado el alcance material del concepto de sectores estratégicos, señalando que estos comprenden, entre otros, la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico y el agua, sin perjuicio de aquellos que determine la ley. Al efectuar dicha interpretación, la Corte ha enfatizado que esta identificación no constituye una simple enumeración normativa, sino la constatación de que tales sectores ejercen una influencia decisiva en la estructura económica, social, política y ambiental del Estado, razón por la cual se encuentran sujetos a un régimen constitucional diferenciado (Corte Constitucional del Ecuador, 2012).

En este contexto, la Corte Constitucional ha establecido que la relevancia estructural de los sectores estratégicos justifica que el Estado conserve competencias exclusivas e intransferibles en materia de administración, regulación y control. Estas competencias, según la interpretación constitucional, no pueden ser entendidas como facultades contingentes ni como potestades susceptibles de delegación, en tanto constituyen manifestaciones directas de la soberanía estatal y de la función constitucional de garantía del interés general. En consecuencia, la intervención pública en estos sectores se orienta prioritariamente a asegurar la sostenibilidad ambiental, la prevención y mitigación de riesgos, la eficiencia en la gestión y la protección efectiva de los derechos de la colectividad, conforme a los principios expresamente previstos en el artículo 313 de la Constitución (Corte Constitucional del Ecuador, 2012).

Desde esta perspectiva, la clasificación de los sectores estratégicos cumple una función jurídico-constitucional específica: delimitar un espacio de actuación

estatal prioritario, dentro del cual la lógica del mercado resulta legítimamente subordinada a los principios que rigen la actuación pública. La Corte Constitucional ha sido clara al señalar que la intervención del Estado en estos sectores no se explica únicamente por razones económicas o de eficiencia productiva, sino por la necesidad de preservar la soberanía, garantizar la continuidad, universalidad y calidad de servicios esenciales y asegurar la efectiva protección de derechos fundamentales, objetivos que no pueden quedar sujetos exclusivamente a dinámicas de mercado (Corte Constitucional del Ecuador, 2012).

Asimismo, la Corte ha sido enfática en señalar que la gestión de los sectores estratégicos corresponde prioritariamente al Estado, a través de empresas públicas constituidas para tal efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 315 de la Constitución. Este modelo de gestión pública directa constituye la regla general establecida por el constituyente y reafirmada por la jurisprudencia constitucional. Solo de manera secundaria se admite la participación de empresas de economía mixta en las que el Estado mantenga mayoría accionaria y, únicamente de forma excepcional, la delegación a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, en los casos expresamente previstos en la ley y bajo las condiciones estrictamente determinadas por esta (CRE, 2008, art. 316; Corte Constitucional del Ecuador, 2012).

La Corte Constitucional ha precisado que esta estructura escalonada de participación no es accidental ni meramente instrumental, sino que responde a una opción constitucional consciente, orientada a revertir los esquemas de privatización indiscriminada que caracterizaron a ordenamientos anteriores y a reafirmar el rol del Estado como garante del interés general. En este sentido, la excepcionalidad de la delegación ha sido concebida por la Corte como un límite material y jurídico, que impide considerar la participación privada como regla general dentro de los sectores estratégicos y exige que toda forma de delegación se encuentre debidamente justificada en razones objetivas de interés público, debidamente motivadas y sujetas a control constitucional (Corte Constitucional del Ecuador, 2012).

5. Competencias del Estado

El régimen jurídico ecuatoriano reconoce la posibilidad de que el Estado delegue, de manera excepcional, la gestión de servicios públicos y sectores estratégicos a actores privados. Sin embargo, esta facultad está estrictamente condicionada al cumplimiento de principios constitucionales y legales que garantizan la prevalencia del interés público, la legalidad del procedimiento y el control sobre los bienes y servicios delegados. Las modalidades contractuales admitidas, como la concesión, la asociación y la alianza estratégica, deben ejecutarse con transparencia, motivación suficiente y observancia de procedimientos competitivos, conforme a lo dispuesto en el artículo 100 del COPCI y las disposiciones constitucionales aplicables (Asamblea Nacional, 2008; COPCI, 2010; COA, 2017).

La Constitución de la República del Ecuador establece, como pilar estructural del régimen estatal, la competencia exclusiva del Estado para la administración de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos. Esta competencia, que es a la vez un deber y una garantía institucional, está definida en los artículos 313, 314 y 316 (Asamblea Nacional, 2008).

Según el artículo 313, el Estado se reserva el control, regulación, administración y gestión directa de los sectores estratégicos, los cuales incluyen la energía, telecomunicaciones, recursos naturales no renovables, espectro radioeléctrico, agua, biodiversidad y transporte, entre otros. Esta reserva tiene como fundamento su influencia decisiva en lo económico, político, social y su orientación al pleno desarrollo de los derechos.

El artículo 314 establece que es responsabilidad del Estado asegurar la provisión de servicios públicos, ya sea de manera directa o mediante delegación regulada, y obliga a los funcionarios públicos a garantizar la continuidad y calidad de dichos servicios, siempre priorizando el acceso equitativo y la sostenibilidad financiera y ambiental.

El artículo 316 introduce la posibilidad de delegación, pero bajo un régimen claramente excepcional. Se prevé que la gestión de estos sectores y servicios puede ser encargada a empresas mixtas en las que el Estado posea participación

mayoritaria, y excepcionalmente a la iniciativa privada o a organizaciones de la economía popular y solidaria. Esta delegación debe estar motivada en razones de interés nacional, sujeta a procedimientos legales, limitada en el tiempo, y debe contar con mecanismos adecuados de fiscalización estatal.

Este marco constitucional configura una arquitectura normativa que equilibra el rol indelegable del Estado como garante del interés público con la posibilidad, limitada y excepcional, de colaboración con el sector privado. Así, la competencia estatal se proyecta no solo como una facultad formal, sino como una obligación sustancial de preservar la soberanía sobre los recursos estratégicos y garantizar la prestación continua, eficiente y equitativa de los servicios esenciales para la población.

La posibilidad de delegación estatal no surge únicamente del ordenamiento constitucional vigente, sino que tiene antecedentes importantes en el marco normativo ecuatoriano previo. Una de las primeras disposiciones que permitió dicha delegación fue la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (1993). Esta ley, vigente hasta la promulgación del nuevo marco constitucional y normativo, constituyó una herramienta fundamental para introducir mecanismos de participación privada en la gestión de servicios públicos.

El artículo 41 de dicha Ley disponía expresamente que *“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. Además, establecía que esta delegación podía realizarse mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual o administrativa, siempre de acuerdo con la ley”* (Ley de Modernización, 2009).

Esta norma marcó un hito en la transición hacia modelos mixtos de gestión pública, aunque fue criticada por la amplitud de los mecanismos permitidos y la escasa regulación de los criterios de excepcionalidad o de interés general. Posteriormente, la Constitución de 2008 redefinió el modelo de gestión de servicios públicos y sectores estratégicos, introduciendo restricciones sustanciales y sujetando la delegación a principios de excepcionalidad y control estatal.

El marco vigente se encuentra en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), particularmente en los artículos 96 y 100. En el artículo 96 se señala que el Estado podrá delegar excepcionalmente, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, las inversiones en los sectores estratégicos en los casos que se establezcan en las leyes de cada sector y, subsidiariamente, en el propio Código. Por su parte, el artículo 100 del COPCI regula de manera más detallada el procedimiento y condiciones para autorizar la delegación. Establece que, en forma excepcional y motivada, mediante decreto ejecutivo, el Presidente de la República podrá autorizar que la provisión de servicios públicos y la gestión de sectores estratégicos se delegue a sujetos privados, siempre que existan justificaciones técnicas y jurídicas adecuadas. Entre las causales que sustentan esta delegación se encuentran: la necesidad de satisfacer el interés colectivo, la inexistencia de capacidad técnica o económica en el Estado, y la imposibilidad de cobertura oportuna por parte de empresas públicas o mixtas.

Este nuevo régimen dota al proceso de delegación de un carácter regulado, controlado y orientado por el principio del interés público, en clara diferencia con el esquema anterior. Se refuerza así la obligación estatal de justificar cada delegación de manera precisa y motivada, garantizando que no se vulnere la titularidad pública ni se afecten derechos fundamentales en la provisión de servicios esenciales.

El Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 810 y publicado en el Registro Oficial No. 494 del 27 de diciembre de 2010, desarrolla los procedimientos, condiciones y límites bajo los cuales puede delegarse la gestión de servicios públicos vinculados al transporte terrestre, marítimo o aéreo.

Este reglamento se enmarca dentro de la lógica constitucional de la delegación excepcional, y detalla de manera precisa las cuatro causales justificativas que permiten activar dicho mecanismo:

1. Modernización y desarrollo de infraestructura: se permite la delegación cuando sea necesario actualizar o expandir la infraestructu-

ra existente con el fin de mejorar la prestación de servicios públicos de transporte y logística.

2. Eficiencia y economías de escala: la participación de operadores especializados del sector privado puede justificarse en función del incremento de la eficiencia operativa o la reducción de costos mediante procesos técnicos de escala.

3. Limitaciones técnicas o financieras del Estado: la delegación es viable cuando en el país no se dispone de la tecnología, los recursos económicos o las capacidades institucionales necesarias para ejecutar proyectos conforme a estándares adecuados.

4. Incapacidad estatal de cobertura inmediata: en situaciones donde el Estado o sus empresas públicas no pueden atender la demanda de servicios en el corto plazo, se habilita la participación privada como solución provisional.

Además de establecer estas causales, el reglamento identifica dos modalidades de delegación que orientan la forma en que el sector privado puede intervenir en la gestión de los servicios de transporte:

1. *Concesión*: esta modalidad implica la transferencia integral al operador privado de las funciones de planificación, diseño, financiamiento, construcción, operación, mantenimiento y rehabilitación de la infraestructura o del servicio público. El concesionario asume el riesgo operativo y se vincula contractualmente con el Estado durante un período determinado, conforme a los términos y condiciones definidos en el contrato de delegación.

2. *Autorización*: se otorga al operador privado un derecho temporal, precario y condicionado para ocupar y explotar bienes públicos con fines de prestación de servicios de transporte. A diferencia de la concesión, la autorización no transfiere la gestión integral del servicio, sino que se limita a permitir el uso de determinadas facilidades o zonas específicas afectas al servicio público, sin constituir derechos exclusivos ni permanentes.

Este régimen reglamentario refuerza la necesidad de que todo proceso de delegación en el sector transporte esté precedido por una motivación técnica y

jurídica clara, documentada y alineada con los principios constitucionales de legalidad, eficiencia y control estatal. De este modo, se busca prevenir la privatización encubierta de funciones públicas y garantizar que cualquier participación privada esté subordinada al interés público y al cumplimiento de objetivos estratégicos definidos por el Estado.

En el ámbito portuario, la normativa ecuatoriana también contempla la posibilidad de delegar la gestión de servicios públicos mediante mecanismos jurídicos específicos. El Reglamento a la Actividad Portuaria, en concordancia con la Ley de Modernización del Estado, establece que esta delegación puede realizarse mediante concesión a empresas privadas, autorizándolas a ocupar y explotar áreas o instalaciones dentro de los recintos portuarios, zonas de reserva o cuarentena.

Lo particularmente relevante de este reglamento es que constituye, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la única norma que introduce expresamente el concepto de “exclusividad regulada”. Esta figura se define como el derecho otorgado a un concesionario para prestar servicios o utilizar determinados bienes dentro de un puerto bajo un régimen de uso exclusivo, pero sujeto a las normas, controles y límites establecidos por la administración pública. A diferencia de una exclusividad absoluta, esta modalidad busca equilibrar el derecho temporal de explotación con los principios de competencia, control y servicio público.

La exclusividad regulada implica, por tanto, que el concesionario no adquiere un monopolio sobre la actividad portuaria, sino un derecho restringido en tiempo, objeto y espacio, supervisado por la autoridad competente. Esta característica distingue al régimen portuario del de otros sectores estratégicos donde no se prevé de manera explícita un modelo de exclusividad regulada para concesionarios privados.

El objetivo de esta figura es garantizar la continuidad y eficiencia del servicio portuario, facilitar la inversión privada en infraestructura crítica y evitar la duplicación de costos y servicios en áreas con alta especialización técnica. No obstante, la existencia de este régimen también exige al Estado mantener una función activa de regulación y fiscalización, para evitar abusos de posición dominante y asegurar que la prestación del servicio responda al interés general.

El Código Orgánico Administrativo (COA) complementa el marco jurídico de la delegación estatal, aportando disposiciones generales aplicables a todos los órganos y entidades de la administración pública. En su artículo 69, numeral 5, el COA establece que los órganos administrativos pueden delegar el ejercicio de sus competencias, incluidas las de gestión, en sujetos de derecho privado, siempre que dicha delegación se ajuste a la ley del sector correspondiente. Esta disposición subraya una distinción clave: la delegación no conlleva la transferencia de la titularidad de la competencia, sino únicamente de su ejercicio temporal y condicionado (Asamblea Nacional, 2017).

Esta limitación tiene como finalidad evitar que el delegatario adquiera una posición equiparable al titular público de la competencia, preservando así la supremacía del Estado en la dirección y control de los servicios públicos. La norma también apunta a mantener la coherencia del sistema administrativo bajo los principios de legalidad, jerarquía, responsabilidad y control.

Por su parte, el artículo 74 del COA refuerza el carácter excepcional de la delegación a sujetos privados. Señala que dicha delegación solo procederá cuando existan razones debidamente motivadas de interés público, necesidad colectiva o insuficiencia institucional. Es decir, la delegación debe ser la última alternativa viable frente a la imposibilidad del Estado, sus empresas públicas o entidades mixtas con mayoría estatal, de atender de manera inmediata y eficiente la prestación de un determinado servicio (Asamblea Nacional, 2017).

El artículo también distingue entre la delegación en sectores estratégicos y servicios públicos —que requiere justificación de excepcionalidad— y la delegación de actividades económicas no reservadas al Estado, las cuales pueden regirse simplemente por los criterios de eficiencia y eficacia administrativa. En todos los casos, la gestión delegada por autorización administrativa es precaria y no genera derechos adquiridos para el operador privado.

Estas disposiciones refuerzan el marco de garantías frente a posibles abusos o desviaciones en el uso de la delegación. Exigen, además, un riguroso análisis previo por parte del Estado antes de adoptar esquemas de gestión indirecta, asegurando que estas se cumplan.

En atención a lo expuesto, y con base en los principios constitucionales y legales que habilitan la gestión delegada, a continuación, se analizarán las competen-

cias sectoriales del Estado que resultan fundamentales para la estructuración de proyectos de participación público-privada. Este análisis comprende tanto la infraestructura como la prestación de servicios públicos en sectores estratégicos, incluyendo vialidad, puertos, aeropuertos, salud, electricidad, agua potable y saneamiento, vivienda, así como las industrias extractivas como la minería y los hidrocarburos (petróleo y gas), además del espectro radioeléctrico y las telecomunicaciones. La revisión de estos sectores permitirá comprender cómo se aplican en la práctica los principios de excepcionalidad, interés público y control estatal en los procesos de delegación, así como los límites y alcances de la competencia estatal en cada caso conforme a la Constitución y el marco normativo vigente.

5.1 Principio de excepcionalidad de la delegación

La delegación de actividades estatales a sujetos no estatales no ha sido concebida, en el derecho público, como una forma ordinaria de gestión, sino como una técnica jurídica de carácter excepcional, cuya admisibilidad ha estado históricamente condicionada a la concurrencia de razones específicas de interés general. Esta caracterización responde a una premisa estructural del derecho administrativo: la gestión directa por parte del Estado constituye la regla, mientras que la ejecución indirecta mediante terceros opera como una excepción cuidadosamente delimitada.

Desde una perspectiva histórica, el derecho administrativo se construyó sobre la idea de que determinadas funciones y actividades, por su relevancia para la organización social y política, debían permanecer bajo la titularidad y conducción directa del poder público. La delegación fue concebida, en este marco, como una derogación controlada del principio de gestión directa, tolerada únicamente cuando la actuación estatal resultaba insuficiente para garantizar de manera eficaz la satisfacción del interés general. Por ello, nunca se la entendió como una alternativa equivalente o simétrica a la actuación estatal, sino como un mecanismo subordinado y funcional.

En la tradición del derecho público europeo y latinoamericano, esta lógica se manifestó en la afirmación de la titularidad y gestión estatal directa de las actividades vinculadas a funciones esenciales, servicios públicos y sectores de relevancia estructural. La intervención pública directa no se justificaba solo

por razones de poder, sino por la necesidad de asegurar continuidad, igualdad y cohesión social en la prestación de actividades indispensables para la colectividad. La gestión estatal aparecía, así, como la forma natural y primaria de actuación, mientras que la participación privada se admitía únicamente bajo condiciones estrictas y controladas.

La teoría del servicio público elaborada por León Duguit constituye uno de los pilares doctrinales de esta concepción. Al vincular el fundamento de la legitimidad estatal con la satisfacción de necesidades colectivas derivadas de la solidaridad social, Duguit sostuvo que ciertas actividades no podían quedar remitidas a la libre iniciativa privada sin comprometer la función del Estado como garante del interés general. Para este autor, la intervención estatal directa no era una opción ideológica, sino una exigencia funcional derivada de la naturaleza misma de determinadas actividades (Duguit, 1921). En consecuencia, la participación privada solo podía admitirse como excepción y bajo un régimen de estricta sujeción al interés colectivo.

Con posterioridad, la doctrina administrativista consolidó esta visión al precisar que la delegación no afecta la titularidad pública de la función ni la responsabilidad última del Estado, sino que introduce un modo excepcional de ejecución indirecta. García de Enterría subrayó que figuras como la concesión no implican una renuncia del Estado a sus funciones, sino una técnica jurídica que permite la colaboración de terceros cuando la gestión directa no resulta suficiente o adecuada para cumplir los fines públicos perseguidos (García de Enterría & Fernández, 2011).

Esta concepción explica por qué la delegación no puede operar como regla general de gestión. Su razón de ser no es sustituir al Estado ni desplazarlo de la conducción de actividades esenciales, sino servir como instrumento complementario, destinado a reforzar la capacidad de actuación pública en circunstancias excepcionales. La delegación, así entendida, mantiene un carácter estrictamente instrumental y condicionado, incompatible con cualquier modelo que pretenda convertirla en la forma ordinaria de gestión de funciones estatales o sectores estratégicos.

Desde la perspectiva del derecho administrativo económico, Cassagne ha sostenido que la excepcionalidad de la delegación se encuentra estrechamente vinculada a la necesidad de preservar la dirección pública de la economía en

sectores sensibles, en los cuales la actuación estatal no responde únicamente a consideraciones de eficiencia productiva, sino al cumplimiento de fines constitucionales superiores. En estos ámbitos, la intervención pública se justifica por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio, la universalidad del acceso y la equidad en la prestación, valores que no siempre coinciden con los incentivos propios del mercado (Cassagne, 2011).

En este marco, la delegación a operadores privados no puede concebirse como un mecanismo de sustitución del Estado, sino como una técnica complementaria, estrictamente instrumental, orientada a reforzar la capacidad estatal cuando esta resulta insuficiente para alcanzar determinados objetivos de interés general. Cassagne subraya que, incluso en los supuestos en que se admite la participación privada, el Estado debe conservar la potestad de dirección, regulación y control, de modo que la lógica económica del concesionario quede subordinada a los fines públicos que justifican la intervención en el sector estratégico.

La excepcionalidad de la delegación se explica también por razones históricas asociadas a los procesos de privatización generalizada impulsados en numerosos países durante las décadas finales del siglo XX. En ese contexto, la transferencia masiva de actividades estratégicas al sector privado, frecuentemente justificada en criterios de eficiencia y reducción del gasto público, evidenció importantes disfunciones institucionales. La experiencia comparada mostró que la ausencia de controles adecuados y de límites normativos claros condujo, en muchos casos, a una degradación de la calidad de los servicios, a la exclusión de sectores vulnerables y a una pérdida significativa de la capacidad estatal de planificación y regulación.

Santamaría Pastor ha señalado que estos procesos revelaron los límites del paradigma privatizador cuando se aplica de manera indiscriminada a actividades que cumplen una función social esencial. La lógica del mercado, orientada prioritariamente a la rentabilidad, no garantiza por sí misma la satisfacción de principios como la continuidad, la igualdad de acceso o la protección de derechos fundamentales, lo que hizo evidente la necesidad de reintroducir límites constitucionales y administrativos a la participación privada en sectores estratégicos (Santamaría Pastor, 2018).

Como respuesta a estas experiencias, el constitucionalismo contemporáneo reforzó la idea de que la colaboración público-privada debía quedar subordinada a marcos normativos estrictos, capaces de preservar la primacía del interés general y de evitar la desnaturalización del rol del Estado. La excepcionalidad de la delegación surge, así, como un principio destinado a corregir los excesos de la externalización y a restablecer un equilibrio entre eficiencia económica y responsabilidad pública.

Desde esta perspectiva, el principio de excepcionalidad cumple una función estructural dentro del sistema constitucional, al impedir que la colaboración con el sector privado se transforme en un mecanismo ordinario de desplazamiento del Estado en la gestión de actividades estratégicas. La excepcionalidad no se funda en una desconfianza abstracta hacia la iniciativa privada, sino en la necesidad de asegurar que las decisiones sobre sectores sensibles respondan a criterios de interés general, sostenibilidad y garantía de derechos, y no exclusivamente a parámetros de eficiencia económica o rentabilidad financiera.

En definitiva, la excepcionalidad de la delegación opera como un criterio de equilibrio institucional, que permite aprovechar las capacidades del sector privado cuando ello resulta necesario, sin renunciar a la dirección pública de la economía ni comprometer los fines constitucionales que justifican la intervención estatal en sectores estratégicos.

La delegación de funciones o actividades estatales a sujetos no estatales solo resulta jurídicamente admisible cuando concurren circunstancias objetivas, verificables y excepcionales que impiden o dificultan la gestión pública directa. La doctrina administrativa ha sido constante en señalar que la delegación no puede fundarse en criterios genéricos de conveniencia política o económica, sino en la demostración concreta de que el Estado carece, en un determinado contexto, de la capacidad técnica, financiera u operativa suficiente para atender adecuadamente una necesidad pública específica (Cassagne, 2011).

Entre los supuestos tradicionalmente admitidos por la doctrina se encuentran, en primer lugar, aquellos vinculados a la insuficiencia de capacidad técnica o financiera del Estado, especialmente en actividades que requieren inversiones iniciales elevadas, tecnologías complejas o conocimientos altamente especializados. En tales casos, la delegación aparece como un mecanismo instrumental

para asegurar la prestación continua y eficiente de una actividad pública, sin que ello implique una renuncia a la titularidad ni a la responsabilidad estatal. Como advierte García de Enterría, la concesión no sustituye al Estado, sino que actúa como una técnica de colaboración cuando la gestión directa no resulta viable en términos reales (García de Enterría & Fernández, 2011).

En segundo lugar, la delegación puede justificarse por la necesidad de atender demandas extraordinarias o coyunturales, que exceden la capacidad ordinaria de respuesta de la administración pública. Este supuesto ha sido identificado por la doctrina como una de las razones funcionales que legitiman la intervención de operadores privados, siempre que dicha intervención se encuentre limitada en el tiempo y estrictamente vinculada a la superación de la situación excepcional que la motivó (Santamaría Pastor, 2018).

Un tercer supuesto admisible se relaciona con la incorporación de conocimientos especializados o innovaciones tecnológicas que no se encuentran disponibles en el sector público. En este contexto, la delegación se justifica como un medio para acceder a capacidades técnicas específicas, sin que ello habilite una transferencia permanente de funciones estratégicas. La excepcionalidad radica, precisamente, en que el recurso al sector privado responde a una necesidad concreta y delimitada, y no a una preferencia estructural por la externalización de la gestión pública (Parejo Alfonso, 2016).

Fuera de estos supuestos, la delegación pierde su carácter excepcional y se transforma en una desnaturalización del modelo clásico de gestión pública, incompatible con los principios estructurales del derecho administrativo. La doctrina ha advertido que la generalización de la delegación, sin una justificación objetiva y específica, conduce a la erosión de la responsabilidad estatal y a la sustitución indebida del interés general por criterios de mercado, lo cual resulta contrario a la lógica del servicio público y a la función constitucional del Estado como garante de derechos (Duguit, 1921).

Así entendida, la excepcionalidad de la delegación no constituye una cláusula abierta ni una habilitación discrecional para la administración, sino un principio limitador, que condiciona tanto la procedencia como el alcance de las concesiones y demás formas de colaboración público-privada. Este principio exige

que la delegación se mantenga dentro de márgenes estrictamente definidos, tanto en lo material como en lo temporal, y que se preserve en todo momento la dirección, el control y la responsabilidad pública sobre la actividad delegada.

Desde esta perspectiva, la excepcionalidad opera también como un criterio de interpretación y de control jurídico, orientado a impedir que la delegación se convierta en la regla general de gestión de actividades estratégicas. Su función no es obstaculizar la colaboración con el sector privado, sino garantizar que dicha colaboración conserve su naturaleza instrumental, subordinada al interés general y compatible con los principios clásicos del derecho administrativo, tales como la continuidad del servicio público, la igualdad de los usuarios y la primacía del interés colectivo.

5.2 En materia del servicio público de vialidad

El marco constitucional y legal de Ecuador establece una clara distribución de competencias para la gestión de la infraestructura vial, asegurando que tanto el Estado central como los Gobiernos Autónomos Descentralizados desempeñen roles específicos y complementarios en la provisión de este servicio público esencial. Esta estructura permite una gestión eficiente y coordinada de la red vial, vital para el desarrollo económico y social del país.

La Constitución de la República del Ecuador establece la responsabilidad del Estado en la provisión del servicio público de vialidad. El artículo 314 especifica esta obligación:

“El Estado será responsable de la provisión de servicios públicos y de la construcción de infraestructura pública, los cuales son esenciales para la implementación de los derechos humanos y el bienestar general. Entre estos servicios públicos se incluye la vialidad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art 314).

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Infraestructura Vial del Transporte Terrestre establece el marco jurídico aplicable a la planificación, construcción, mantenimiento y administración de la red vial del país. Esta norma sustituyó a la derogada Ley de Caminos de 1964, y reafirma el carácter de bien público de la infraestructura vial, así como la competencia del Estado central, a través del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTO) sobre la red vial estatal.

En su artículo 3, esta ley dispone: “*La infraestructura vial del país constituye un sistema nacional integrado por la red vial estatal, provincial, cantonal y parroquial, y se considerará de dominio público. El Ministerio de Transporte y Obras Públicas ejercerá la rectoría de este sistema, y tendrá a su cargo la red vial estatal.*”

Esta disposición confirma la competencia exclusiva del MTOP para regular y controlar la Red Vial Estatal, sin perjuicio de las competencias concurrentes o complementarias que pueden ejercer los Gobiernos Autónomos Descentralizados en su respectivo ámbito territorial. En este contexto, resulta necesario distinguir la estructura funcional del sistema vial ecuatoriano, compuesto por diferentes niveles de gestión, según la titularidad y naturaleza de las vías.

La Red Vial Estatal (RVE) comprende aproximadamente 10.000 km y está bajo la jurisdicción exclusiva del Estado central, asegurando una gestión unificada y coordinada de las principales arterias de transporte del país. Esto incluye la construcción, mantenimiento y regulación de estas vías para garantizar su funcionalidad y seguridad.

Por su parte, la Constitución y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) establecen la descentralización de ciertas competencias viales a los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADs). Esta descentralización se organiza en tres niveles:

1. *Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales*: según el artículo 262 de la Constitución, estos gobiernos tienen la facultad de “planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito regional” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 262).
2. *Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales*: el artículo 263 de la Constitución asigna a estos gobiernos la responsabilidad sobre “la planificación, construcción y mantenimiento del sistema vial de ámbito provincial, que no incluya zonas urbanas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 263).
3. *Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales*: el artículo 264 de la Constitución otorga a los gobiernos municipales la competencia sobre “la planificación, construcción y mantenimiento del sistema vial urbano” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 264).

A fin de operacionalizar estas disposiciones constitucionales, el COOTAD desarrolla el Sistema Nacional de Competencias, definiendo con mayor precisión el alcance, naturaleza y condiciones para el ejercicio de las competencias por parte de cada nivel de gobierno. A partir del artículo 109, se detallan las distintas categorías de competencias: privativas, estratégicas y comunes.

1. *Competencias privativas y estratégicas*: estas competencias no son descentralizables y deben ser ejercidas por el órgano estatal correspondiente. Esto incluye competencias críticas y de alta prioridad para el funcionamiento del Estado y la provisión de servicios esenciales.
2. *Competencias comunes*: estas pueden ser compartidas entre distintos niveles de gobierno, permitiendo una mayor flexibilidad y colaboración entre el Estado central y los GADs en la gestión de servicios y proyectos.

5.3 En materia de infraestructura portuaria

Los modelos de concesión portuaria permiten una colaboración eficaz entre el sector público y privado, optimizando la operación y desarrollo de puertos. El modelo Land-Lord, en particular, se ha destacado por su capacidad para atraer inversiones privadas y mejorar la eficiencia operativa, como se ha observado en puertos líderes a nivel mundial (De Langen & Heij, 2014).

Los modelos de concesión de puertos son mecanismos a través de los cuales los Estados gestionan la operación y el desarrollo de sus puertos mediante la colaboración con el sector privado. Estos modelos varían según el grado de control y responsabilidad compartida entre las autoridades públicas y los operadores privados. A continuación, se describen los modelos de concesión portuaria más comunes, con énfasis en el modelo Land-Lord, ampliamente utilizado en el mundo.

5.3.1 Modelo Land-Lord

El modelo Land-Lord figura entre los más extendidos y exitosos globalmente en materia de concesiones portuarias. En este modelo, el Estado (o la autoridad

portuaria) mantiene la propiedad de la infraestructura y del terreno portuario, mientras que las operaciones y servicios específicos son gestionados por operadores privados bajo contratos de concesión a largo plazo (World Bank, 2007)¹.

Este modelo posee varias características principales. En primer lugar, la infraestructura básica y el terreno del puerto permanecen en manos del Estado, lo que garantiza la propiedad pública. En segundo lugar, las empresas privadas se encargan de las operaciones diarias, tales como el manejo de carga y la administración de terminales, lo que se conoce como operación privada. Finalmente, existe una responsabilidad compartida, donde el Estado se encarga del mantenimiento y desarrollo de las infraestructuras básicas, mientras que los operadores privados invierten en superestructuras y equipos operativos (Baird, 2002).

Las ventajas del modelo Land-Lord son múltiples. Una de las principales es la mejora en la eficiencia y competitividad debido a la experiencia y recursos del sector privado, lo que se traduce en una mayor eficiencia operativa (Notteboom & Winkelmann, 2001). Además, este modelo atrae inversiones privadas para el desarrollo y modernización de las instalaciones portuarias, promoviendo la inversión privada (De Langen & Heij, 2014). También facilita la adaptación a las necesidades del mercado y la implementación de tecnologías avanzadas, proporcionando una gran flexibilidad (Cullinane et al., 2005).

5.3.2 Modelo de servicio

En el modelo de servicio, la autoridad portuaria pública es responsable de todas las funciones del puerto, incluyendo la administración y operación. La participación privada es mínima y generalmente se limita a la prestación de servicios específicos bajo contratos de corto plazo².

1. *Ejemplos Internacionales: Puerto de Róterdam, Países Bajos: Administrado por la Autoridad Portuaria de Róterdam con operaciones diarias gestionadas por concesionarios privados (Notteboom, 2009). Puerto de Singapur: La Autoridad Portuaria de Singapur (PSA) gestiona la infraestructura básica mientras operadores privados gestionan las terminales (Cullinane et al., 2005). Puerto de Hong Kong: La infraestructura es gestionada por la Autoridad Portuaria, con operaciones concesionadas a empresas privadas (Song, 2003).*

2 *Ejemplo Internacional: Puerto de Hamburgo, Alemania: Históricamente ha operado bajo el modelo de servicio, aunque ha adoptado elementos del modelo Land-Lord en los últimos años (Notteboom, 2009).*

1. *Propiedad y operación públicas*: tanto la propiedad de la infraestructura como las operaciones diarias están en manos del Estado (World Bank, 2007).

2. *Participación privada limitada*: empresas privadas pueden ser contratadas para servicios específicos, como estiba y desestiba (Baird, 2002).

Modelo de Puerto Público: en este modelo, la autoridad portuaria pública es responsable de la administración y operación del puerto, pero la propiedad de la infraestructura puede ser privada³.

1. *Propiedad mixta*: la infraestructura puede ser propiedad del Estado o de empresas privadas.

2. *Operación pública*: la administración y operación diaria son responsabilidad de una entidad pública (Baird, 2002).

Modelo de Terminal Privada: en el modelo de terminal privada, una empresa privada posee y opera una terminal portuaria específica dentro de un puerto más grande⁴.

1. *Propiedad privada*: la terminal es propiedad de una empresa privada.

2. *Operación privada*: la empresa privada es responsable de todas las operaciones dentro de su terminal.

3. *Regulación pública*: la autoridad portuaria pública regula y controla las actividades para asegurar el cumplimiento de las normas y estándares (Cullinane et al., 2005).

El modelo de concesión de puertos en Ecuador se basa en el modelo Land-Lord, donde el Estado mantiene la titularidad de los terrenos y ejerce la autoridad portuaria, mientras que el sector privado se encarga de la operación y desarrollo de los servicios portuarios. Este modelo es una práctica común en muchos de los puertos más importantes del mundo y ha demostrado ser eficaz en la gestión y operación eficiente de instalaciones portuarias.

3 *Ejemplo Internacional: Puerto de Los Ángeles, EE.UU.: Operado y administrado por una entidad pública, con infraestructura que puede ser de propiedad privada (Song, 2003).*

4 *Ejemplo Internacional: Terminal de Contenedores de APM en el Puerto de Los Ángeles, EE.UU.: Propiedad y operación de APM Terminals, una subsidiaria de Maersk (Notteboom & Winkelmann, 2001).*

El modelo de concesión Land-Lord ha demostrado ser una solución eficaz para la gestión de puertos en muchos de los más importantes del mundo. La adopción de este modelo en Ecuador, con su marco legal y regulatorio bien definido, permite una colaboración efectiva entre el sector público y privado, optimizando la operación y desarrollo de las instalaciones portuarias del país.

El Reglamento a la actividad Portuaria del año 2000 define claramente este modelo:

“Los puertos comerciales estatales del Ecuador serán de titularidad estatal y se regirán por el modelo internacionalmente conocido bajo la denominación Land-Lord o puerto propietario, donde las EP no operarán de forma directa ningún servicio o facilidad y sus funciones se reducirán a la administración, mantenimiento y desarrollo de los puertos, en lo referente a sus infraestructuras y espacios de uso común que no estén delegados al sector privado, así como al control del cumplimiento de los contratos celebrados con terceros, sin interferir en el desarrollo de los negocios de las personas privadas que en ellos operen o tengan a su cargo la construcción, administración y gestión de infraestructuras o espacios, en tanto éstos se realicen dentro del marco legal y contractual en el que se inscriban” (Reglamento a la Actividad Portuaria, 2000, art. 4).

La Autoridad Portuaria Nacional en Ecuador es ejercida por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas a través de la Subsecretaría de Puertos, y Transporte Marítimo y Fluvial, según los Decretos Ejecutivos Nos. 1111 y 1087 del 7 de marzo de 2012. Esta autoridad está descentralizada y se aplica a través de las Autoridades Portuarias de Puerto Bolívar, Guayaquil, Manta y Esmeraldas (Ley de Puertos, 1993; Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, 1993).

La Autoridad Portuaria Nacional, según los Decretos Ejecutivos Nos. 1111 (Publicado en el Registro Oficial No. 358 de 12 de junio de 2008.), y 1087 del 7 de marzo de 2012, la ejerce el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, y la debe ejercer a través de la Subsecretaría de Puertos, y Transporte Marítimo y Fluvial. Sin embargo, ésta se encuentra descentralizada, conforme lo dispuesto en los artículos 2 de la Ley de Puertos y Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, en las respectivas Autoridades Portuarias de Puerto Bolívar, Guayaquil, Manta y Esmeraldas, dentro del área de su jurisdicción.

Los modelos de concesión de puertos varían en todo el mundo, pero muchos países han adoptado el modelo Land-Lord debido a sus beneficios en términos de eficiencia, inversión y gestión. A continuación se describen algunos de los puertos más importantes del mundo que operan bajo este modelo.

Puerto de Róterdam, Países Bajos: uno de los mayores del mundo y el más grande de Europa. Este es administrado por la Autoridad Portuaria de Róterdam, que mantiene la propiedad de la tierra y la infraestructura básica, mientras que las operaciones diarias y las instalaciones específicas son manejadas por empresas privadas mediante concesiones a largo plazo (Notteboom, 2009).

Puerto de Singapur: es uno de los más activos del mundo y se rige por el modelo antes mencionado. La Autoridad Portuaria de Singapur (PSA) administra y regula las funciones en dicho lugar, mientras que las operaciones son realizadas por varias empresas privadas que han recibido concesiones. Este modelo ha permitido al país mantener su posición como un líder global en eficiencia en el ámbito portuario (Cullinane, Wang, Song, & Ji, 2005).

Puerto de Hong Kong: este adopta el modelo de referencia. La Autoridad Portuaria de Hong Kong es responsable de la infraestructura y la regulación, mientras que las terminales son operadas por empresas privadas. Esta estructura ha facilitado el crecimiento continuo y la modernización del puerto (Song, 2003).

5.4 En materia de infraestructura aeroportuaria

La estructura legal y administrativa del sector aeronáutico y aeroportuario en Ecuador está diseñada para asegurar una regulación efectiva y un control estatal sobre la infraestructura y los servicios. Sin embargo, se permite la participación del sector privado bajo un marco regulatorio claro, que busca combinar la eficiencia operativa con el cumplimiento de los estándares técnicos y de seguridad.

En el ámbito aeroportuario y aeronáutico, la responsabilidad del Estado ecuatoriano se encuentra claramente definida por la legislación vigente y los decretos ejecutivos pertinentes. Según el Decreto Ejecutivo No. 156 del 20 de noviembre

de 2013, la Autoridad Aeronáutica en Ecuador es ejercida por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas. Esta autoridad es responsable de la jurisdicción y administración aeronáutica y aeroportuaria, funciones que son llevadas a cabo a través de la Dirección General de Aviación Civil (DGAC).

De acuerdo con el numeral 10 del artículo 261 de la Constitución de la República del Ecuador, el Estado central tiene competencias exclusivas sobre la planificación, regulación y control del espacio aéreo y la infraestructura aeroportuaria. Esta disposición constitucional establece las bases para una administración centralizada y regulada del sector aeronáutico y aeroportuario.

La Ley de Aviación Civil del Ecuador complementa estas disposiciones constitucionales al detallar las competencias específicas del Estado en este sector. Según el artículo 1 de dicha ley:

“Corresponde al Estado la planificación, regulación, y control aeroportuario y de la aeronavegación civil en el territorio ecuatoriano. Le corresponde la construcción, operación y mantenimiento de los aeródromos, aeropuertos y helipuertos civiles, y de sus servicios e instalaciones, incluyendo aquellos característicos de las rutas aéreas, en forma directa y por delegación, según sean las conveniencias del Estado” (Ley de Aviación Civil, 2008, art. 1).

Este artículo establece claramente la responsabilidad del Estado no solo en la regulación y control, sino también en la construcción y mantenimiento de la infraestructura aeroportuaria.

La Dirección General de Aviación Civil (DGAC) es la entidad encargada de la regulación y ejecución de las políticas del Estado en el sector aeronáutico. Según el artículo 2 de la Ley de Aviación Civil:

“La Dirección General de Aviación Civil y sus dependencias, como ente regulador, mantendrán el control técnico-operativo de la actividad aeronáutica nacional” (Ley de Aviación Civil, 2008, art. 2).

Esto implica que la DGAC es la autoridad técnica principal en cuanto a la operatividad y seguridad del espacio aéreo ecuatoriano.

El modelo de gestión aeroportuaria en Ecuador permite la participación privada bajo ciertas condiciones. Similar al modelo Land-Lord en el sector portuario, el Estado puede delegar ciertas funciones y operaciones a entidades privadas, mientras mantiene el control regulador y la propiedad de la infraestructura básica.

La participación del sector privado en la gestión aeroportuaria puede tomar varias formas, incluyendo concesiones, asociaciones público-privadas (APP), y contratos de operación. Estas modalidades buscan mejorar la eficiencia operativa y atraer inversiones para el desarrollo y modernización de la infraestructura aeroportuaria (Campos & Serebrisky, 2016).

5.5 En materia del servicio público de transporte

El modelo de gestión del transporte público multimodal en Ecuador, que abarca los modos terrestre, aéreo y acuático, está fundamentado en la garantía de movilidad y libertad de tránsito para las personas. Según la Constitución de la República del Ecuador, el transporte es un servicio público que puede ser prestado por el sector privado bajo las modalidades establecidas por la ley. Este modelo incluye una entidad encargada de las políticas públicas nacionales, agencias de regulación y control, y una función estatal de policía para supervisar el cumplimiento de las normativas.

El artículo 394 de la Constitución establece: *“El Estado garantizará la libertad de transporte terrestre, aéreo, marítimo y fluvial dentro del territorio nacional, sin privilegios de ninguna naturaleza. La promoción del transporte público masivo y la adopción de una política de tarifas diferenciadas de transporte serán prioritarias. El Estado regulará el transporte terrestre, aéreo y acuático y las actividades aeroportuarias y portuarias”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 394).

Este artículo otorga al Estado la responsabilidad de formular y aplicar políticas públicas en el sector transporte.

Agencias de regulación y control: las principales agencias encargadas de la regulación y control del transporte en Ecuador son:

1. transporte terrestre: la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (ANT) es responsable de la regulación, planificación y control del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en todo el territorio nacional, así como del control del tránsito en las vías de la red estatal-troncales nacionales, en coordinación con los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADs) (Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad, 2011, art. 16).

2. transporte aéreo: la Dirección General de Aviación Civil (DGAC) es la entidad encargada de la regulación y control del transporte aeronáutico en Ecuador (Ley de Aviación Civil, 2008, art. 2).

3. transporte marítimo y fluvial: la Subsecretaría de Puertos, Transporte Marítimo y Fluvial regula y controla el transporte acuático en Ecuador, conforme al Decreto Ejecutivo No. 1087 (2012, art. 2).

Las formas de prestación del servicio público de transporte a través de un privado son:

1. el artículo 55 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad del Ecuador establece con claridad que el transporte público terrestre constituye un servicio estratégico, al igual que la infraestructura y el equipamiento auxiliar utilizado para su prestación. Esta categorización implica que su planificación, regulación y control son competencias exclusivas del Estado, conforme al artículo 313 de la Constitución de la República, que reserva a la autoridad pública el manejo de los sectores estratégicos para garantizar el interés nacional, la soberanía y el desarrollo sustentable.

2. el mismo artículo 55 añade que las rutas y frecuencias de transporte público a nivel nacional son de propiedad exclusiva del Estado, lo cual refuerza la noción de que no constituyen bienes de libre disposición ni de apropiación por parte de operadores privados. Se trata, más bien, de recursos de uso colectivo y titularidad estatal, cuya gestión debe responder a criterios de eficiencia, equidad territorial, seguridad vial y acceso universal.

Este régimen jurídico establece que las rutas y frecuencias pueden ser explotadas comercialmente, pero únicamente mediante contratos de operación autorizados por la autoridad competente. En otras palabras, el sector privado no accede a estos derechos como propietarios ni como concesionarios plenos, sino como operadores habilitados bajo condiciones reguladas. El contrato de operación actúa así como un instrumento jurídico habilitante, subordinado al interés público y a los parámetros técnicos y administrativos definidos por el Estado.

Este modelo se distancia del régimen tradicional de concesiones puras —donde se transfiere temporalmente la titularidad de la gestión de un servicio público—, y se aproxima más a un régimen de habilitación administrativa condicionada, en el que el Estado conserva la potestad reguladora y el dominio sobre los elementos esenciales del sistema (Corte Constitucional del Ecuador, 2019).

Asimismo, el carácter estratégico del transporte público implica que cualquier proceso de delegación o gestión conjunta deberá respetar los principios establecidos en el artículo 316 de la Constitución, entre ellos: la excepcionalidad, la motivación basada en interés nacional, la evaluación de capacidades públicas, y la garantía de que el servicio se preste bajo estándares de calidad, continuidad y responsabilidad social.

Según la letra C del artículo 2 del citado Decreto Ejecutivo No. 1087, matrículas, permisos, pasavantes o patentes, para el transporte acuático.

También en el artículo 2 del Reglamento a la Actividad Portuaria, aparecen varias formas mediante las cuales un privado puede ejercer actividades relacionadas con la actividad portuaria y acuática:

“15. Autorización: Es la modalidad de delegación a la iniciativa privada, mediante la cual la Entidad Portuaria faculta a un Operador Portuario, previamente matriculado en la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial, para la prestación de un servicio portuario específico dentro de las áreas e instalaciones administradas directamente por la EP y bajo las condiciones establecidas por la misma.

16. Permiso: Es la modalidad de delegación a la iniciativa privada que se ejerce, por una Entidad Portuaria, a través del otorgamiento a personas jurídicas privadas, de un de-

recho, precario y revocable a la sola decisión de la EP, para ocupar y explotar en forma privativa y temporal zonas terrestres o acuáticas e instalaciones de los recintos portuarios y de sus zonas de reserva o cuarentena, con el objeto de mantener en perfectas condiciones de explotación las áreas cedidas y utilizarlas para prestar servicios portuarios o conexos por delegación de la EP, durante un plazo no superior a cinco (5) años.

Conforme el artículo 4, letra C de la Ley de Aviación Civil, a través de concesiones y los permisos de operación para el transporte aéreo público.

La actividad de policía en el transporte se ejerce en dos ámbitos, uno de control civil y administrativo por parte de los órganos y dependencias de las citadas Agencias de Regulación y Control, y la que tiene poder coercitivo a través de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

5.6 En materia de salud

Los países de América Latina están adoptando diferentes estrategias para fortalecer sus sistemas de salud, incluyendo modelos de concesiones y asociaciones público-privadas. Estas iniciativas están diseñadas para mejorar la eficiencia, la calidad y la accesibilidad de los servicios de salud, siempre bajo la regulación y supervisión de las autoridades sanitarias correspondientes.

Estas referencias y citas proporcionan un marco académico sólido para entender las concesiones en el sector salud en América Latina, demostrando cómo cada país adapta sus políticas y estrategias según su contexto y necesidades específicas.

En Ecuador, el sector salud está principalmente bajo responsabilidad estatal, según lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador. El Estado es responsable de formular la política nacional de salud y regular todas las actividades relacionadas con la salud (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En Chile, se han implementado modelos de concesiones hospitalarias como parte de las políticas de modernización y eficiencia del sistema de salud. Según

González et al. (2016), estas concesiones permiten la participación privada en la construcción, operación y mantenimiento de hospitales bajo la regulación del Ministerio de Salud.

Brasil también ha explorado asociaciones público-privadas (APPs) en la gestión de servicios de salud, especialmente en la construcción y operación de hospitales públicos. Según Oliveira (2019), estas iniciativas buscan mejorar la infraestructura y la eficiencia en la prestación de servicios de salud pública.

En Colombia, las asociaciones público-privadas (APPs) han sido utilizadas para el desarrollo de infraestructura hospitalaria y servicios de salud. Según el Ministerio de Salud y Protección Social (2017), estas asociaciones están reguladas para garantizar la calidad y sostenibilidad de los servicios de salud bajo participación privada.

En México, aunque predominan las instituciones públicas de salud como el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Sistema Nacional de Salud (SNS), se han explorado diversas formas de colaboración público-privada en la gestión hospitalaria. Según Pérez y Méndez (2020), estas iniciativas buscan mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios de salud en el país.

En el Ecuador, el modelo de gestión de la salud permite la participación del sector privado bajo la rectoría del Estado, asegurando que los servicios de salud sean universales, gratuitos, y de calidad. La delegación de competencias a los gobiernos municipales es posible, siempre que se cuente con la autorización del ente rector de la política pública.

La Constitución de la República del Ecuador establece que la salud es un servicio público bajo la potestad del Estado, el cual es responsable de formular la política nacional de salud y de normar, regular y controlar todas las actividades relacionadas con este sector. En este contexto, se reconoce la posibilidad de la participación pública-privada en la prestación de servicios a esta rama.

Artículo 361: “El Estado ejercerá la rectoría del sistema a través de la autoridad sanitaria nacional, será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcio-

namiento de las entidades del sector” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 361).

Artículo 362: “La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, y garantizarán el consentimiento informado, el acceso a la información y la confidencialidad de la información de los pacientes. Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán los procedimientos de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 362).

Artículo 366: “El financiamiento público en salud será oportuno, regular y suficiente, y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado. Los recursos públicos serán distribuidos con base en criterios de población y en las necesidades de salud. El Estado financiará a las instituciones estatales de salud y podrá apoyar financieramente a las autónomas y privadas siempre que no tengan fines de lucro, que garanticen gratuidad en las prestaciones, cumplan las políticas públicas y aseguren calidad, seguridad y respeto a los derechos. Estas instituciones estarán sujetas a control y regulación del Estado” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 366).

El artículo 261 de la Constitución asigna competencias exclusivas al Estado central en materia de políticas de salud: *“El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: (...) 6. Las políticas de educación, salud, seguridad social, vivienda. Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos correspondientes en educación y salud” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 261).*

El artículo 264 permite la gestión delegada de ciertas funciones a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, previa autorización del ente rector:

“Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley: (...) 7. Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo de acuerdo con la ley. Previa autorización del ente rector de la política pública podrá construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 264).

La Ley Orgánica de Salud define al Ministerio de Salud Pública como la autoridad sanitaria nacional, responsable de emitir políticas y autorizar proyectos de participación público-privada. Artículo 4: *“La autoridad sanitaria nacional es el Ministerio de Salud Pública”* (Ley Orgánica de Salud, 2006, art. 4).

Artículo 6: *“Es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública: (...) 24. Regular, vigilar, controlar y autorizar el funcionamiento de los establecimientos y servicios de salud, públicos y privados, con y sin fines de lucro, y de los demás sujetos a control sanitario; (...) 30. Dictar, en su ámbito de competencia, las normas sanitarias para el funcionamiento de los locales y establecimientos públicos y privados de atención a la población; (...) 34. Cumplir y hacer cumplir esta Ley, los reglamentos y otras disposiciones legales y técnicas relacionadas con la salud, así como los instrumentos internacionales de los cuales el Ecuador es signatario. Estas acciones las ejecutará el Ministerio de Salud Pública, aplicando principios y procesos de desconcentración y descentralización”* (Ley Orgánica de Salud, 2006, art. 6).

5.7 En materia del servicio de electricidad

El servicio de electricidad en Ecuador ha evolucionado desde un modelo descentralizado y local hasta convertirse en un sector estratégico controlado por el Estado, pero con participación del sector privado bajo el marco de alianzas público-privadas. Las inversiones en infraestructura hidroeléctrica han permitido una matriz energética más limpia, mientras que la descentralización ha incrementado la eficiencia operativa de las empresas públicas y regionales. No obstante, el sector sigue enfrentando desafíos relacionados con la sostenibilidad financiera y la expansión de la cobertura en zonas rurales, por lo que las políticas públicas y la regulación deberán desarrollarse siempre.

El desarrollo del servicio de electricidad en Ecuador ha experimentado varias transformaciones desde sus primeras fases de implementación en el siglo XX. En los años iniciales, el suministro de electricidad estaba mayormente a cargo de pequeñas empresas locales o municipales, en un contexto donde el acceso era limitado y predominantemente restringido a las principales ciudades. A medida que el país fue industrializándose y la demanda energética creció, el Estado comenzó a asumir un rol más protagónico en la planificación y provisión del servicio eléctrico.

Durante la segunda mitad del siglo XX, Ecuador adoptó un modelo centralizado para la gestión de la energía, con la creación de instituciones estatales responsables de la generación y distribución de electricidad. Un hito importante fue la creación del Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL) en 1961, encargado de la administración y expansión del sistema eléctrico. A través de INECEL, el Estado desarrolló grandes proyectos hidroeléctricos como parte de una estrategia para diversificar la matriz energética, que hasta ese momento dependía principalmente de fuentes térmicas.

La política energética en el Ecuador dio un giro significativo con la reforma del sector eléctrico en la década de 1990, como parte de un proceso de liberalización económica. INECEL fue desmantelado en 1996, y el servicio eléctrico fue descentralizado, lo que permitió la creación de varias empresas públicas regionales encargadas de la generación, transmisión y distribución de electricidad. Este proceso también abrió la puerta a la inversión privada, aunque el control sobre los recursos estratégicos del país, como la electricidad, siguió siendo predominantemente estatal.

La Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica (LOSPPE), promulgada en 2015, es el principal cuerpo normativo que regula el servicio de electricidad en Ecuador. Esta ley se alinea con los principios establecidos en la Constitución de 2008, asegurando que el Estado mantenga el control sobre este sector estratégico, pero abriendo la puerta a la participación privada bajo ciertas condiciones. A través de esta normativa, se busca no solo garantizar el acceso universal y equitativo a la energía eléctrica, sino también promover la eficiencia y sostenibilidad en el sistema de generación, transmisión y distribución de electricidad.

La Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica y el marco normativo para las concesiones y alianzas público-privadas han permitido que Ecuador avance hacia un sistema eléctrico más eficiente, equitativo y sostenible. A través de estos mecanismos, el país ha logrado incrementar su inversión en infraestructura eléctrica, modernizar su red de generación y transmisión, y mejorar el acceso a la electricidad para todos sus ciudadanos. No obstante, es fundamental que el Estado continúe supervisando y regulando estas asociaciones para garantizar que los principios de control estatal, equidad y sostenibilidad sean respetados.

La LOSPPE establece que el servicio público de energía eléctrica es un derecho fundamental que debe garantizarse a todos los ciudadanos ecuatorianos. Este servicio debe prestarse bajo los principios de universalidad, continuidad, calidad, eficiencia, equidad tarifaria, y con un enfoque de sostenibilidad ambiental y económica. En su articulado, la ley contempla que la provisión de electricidad debe hacerse de manera ininterrumpida, accesible a todas las personas sin discriminación, y mediante el uso de fuentes de energía que minimicen el impacto ambiental.

Un aspecto clave de la LOSPPE es el énfasis en la sostenibilidad energética. El Estado, a través del Ministerio de Energía y Recursos Naturales No Renovables y las empresas públicas eléctricas, es el encargado de garantizar que la provisión de energía se realice de manera responsable, fomentando el uso de energías renovables y diversificando la matriz energética del país. Este enfoque responde tanto a los compromisos internacionales de Ecuador en materia de cambio climático, como a la necesidad de reducir la dependencia de fuentes de energía no renovables, como el petróleo y el gas natural.

Aunque la LOSPPE reafirma el control estatal sobre el sector eléctrico, permite la participación del sector privado bajo la figura de concesiones, contratos de operación y alianzas público-privadas (APP). Estas concesiones están reguladas y supervisadas por el Estado para asegurar que los intereses de la ciudadanía prevalezcan, y que los objetivos de universalidad, eficiencia y sostenibilidad se cumplan.

La participación privada puede darse en todas las fases del proceso eléctrico: generación, transmisión, distribución y comercialización. Sin embargo, para proteger los intereses del Estado y garantizar un suministro confiable y de calidad, los contratos de concesión deben cumplir con ciertos requisitos y criterios de control establecidos en la ley. Entre estos, se incluyen:

1. *concesiones de generación eléctrica*: el sector privado puede participar en la construcción y operación de plantas generadoras de energía, ya sean hidroeléctricas, solares, eólicas, térmicas u otras. La LOSPPE fomenta la inversión en proyectos de energías renovables, incentivando la construcción de plantas que utilicen recursos renovables, como la energía solar o la eólica.

2. *transmisión y distribución de electricidad*: aunque estas actividades son tradicionalmente dominadas por empresas públicas como CELEC EP (Corporación Eléctrica del Ecuador) y CNEL EP (Corporación Nacional de Electricidad), la LOSPPE permite la participación del sector privado en estas áreas, siempre que cumplan con los estándares de calidad y sostenibilidad. Sin embargo, el Estado mantiene el control de la red de transmisión y los sistemas interconectados nacionales.

3. *contratos de operación*: la ley establece que los privados pueden operar plantas de generación o redes de transmisión bajo contratos de operación, siempre que se ajusten a los planes energéticos y a las políticas públicas del Estado.

Las alianzas público-privadas (APP), reguladas por la LOSPPE en conjunto con la Ley de Alianzas Público-Privadas, son una herramienta esencial para atraer inversión privada y mejorar la infraestructura eléctrica del país. Estas alianzas permiten que el Estado y el sector privado compartan los riesgos, los costos y los beneficios de los proyectos energéticos, bajo un esquema de colaboración donde el control estatal se mantiene.

El objetivo principal de las APP en el sector eléctrico es incrementar la inversión en infraestructura y mejorar la eficiencia operativa del sistema. Sus proyectos suelen centrarse en la Ley de APP, complementada por la LOSPPE, la cual establece procedimientos claros para la contratación y ejecución de proyectos de asociación público-privada. Estos procedimientos incluyen:

1. *selección de los socios privados*: a través de licitaciones públicas, se eligen las empresas privadas que participarán en los proyectos energéticos. Las licitaciones deben ser transparentes y competitivas para garantizar que se seleccione a la mejor empresa con base en criterios técnicos y económicos.

2. *contratos de alianza*: estos contratos detallan las obligaciones de ambas partes, los plazos del proyecto, los mecanismos de financiamiento, y las garantías ofrecidas por el Estado para mitigar los riesgos de la inversión privada.

3. *mecanismos de resolución de disputas*: la Ley de APP prevé mecanismos para resolver cualquier conflicto que surja durante la ejecución de los contratos, incluyendo la mediación y el arbitraje.

4. *garantías del Estado*: para atraer la participación del sector privado, el Estado ofrece ciertas garantías legales y financieras que reducen el riesgo de los inversionistas, incluyendo garantías de pago y estabilidad regulatoria.

Desde la promulgación de la LOSPPE y la implementación de las APP en el sector eléctrico, Ecuador ha visto un incremento en la participación del sector privado en proyectos clave. Ejemplos notables incluyen proyectos de energía renovable en zonas rurales y la construcción de infraestructuras estratégicas para la distribución y transmisión de energía.

Uno de los principales logros de estas normativas ha sido la reducción de la dependencia del país de fuentes energéticas no renovables, como el petróleo, y la transición hacia una matriz energética más limpia y diversificada. Las plantas hidroeléctricas, en particular, forman parte en esta transformación, convirtiéndose en una fuente significativa de generación de electricidad para el país.

Al mismo tiempo, las APP han permitido mejorar la eficiencia en la provisión del servicio eléctrico, reduciendo los costos operativos y permitiendo una mayor cobertura eléctrica, especialmente en áreas rurales. Esto contribuye directamente al desarrollo social y económico del país, alineándose con los principios constitucionales de equidad y sostenibilidad.

La Constitución de la República del Ecuador establece un marco normativo sólido para la provisión del servicio de electricidad, considerándolo un derecho fundamental vinculado al bienestar de la ciudadanía y al desarrollo sostenible del país. El artículo 313 de la Constitución del Ecuador declara que el Estado es responsable de la administración y regulación de los sectores estratégicos, entre los cuales se incluye la energía eléctrica. Este mandato constitucional asegura que el acceso a este servicio sea gestionado en función de los principios de sostenibilidad, equidad y eficiencia, destacando la necesidad de control estatal para garantizar el interés público y los derechos de los ciudadanos.

El artículo 314 de la Constitución complementa este marco al señalar que los servicios públicos, incluyendo el de electricidad, deben ser provistos de manera eficiente y continua, bajo principios de universalidad y equidad. Esto significa que el Estado debe asegurar que toda la población, independientemente de su ubicación geográfica o situación socioeconómica, pueda acceder a este servicio

esencial. Al mismo tiempo, la Constitución permite la participación del sector privado, siempre que esta se realice bajo condiciones reguladas y que el control último sobre los sectores estratégicos permanezca en manos del Estado.

La sostenibilidad energética se presenta como un principio rector en la regulación constitucional del servicio eléctrico. Este enfoque va más allá de la simple provisión del servicio, pues implica la responsabilidad de gestionar los recursos energéticos de manera que se preserven para las futuras generaciones, garantizando una transición hacia fuentes de energía más limpias y seguras. Según Valencia Dávalos (2015), “el marco constitucional ecuatoriano para la energía responde a la necesidad de combinar el control estatal con la participación de actores privados, manteniendo una visión a largo plazo de sostenibilidad y justicia social en el acceso a los recursos energéticos” (p. 35). Esto refleja el compromiso del Estado con una política energética que equilibre el desarrollo económico con la protección ambiental y la equidad social.

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones refuerza los principios constitucionales en su artículo 100, al reconocer la importancia del Estado en la gestión de sectores estratégicos, como el servicio eléctrico, y le permite desempeñar un rol activo. Además, este código define las directrices para la administración de dichos sectores.

El artículo 100 establece que, si bien el Estado puede gestionar directamente los sectores estratégicos, también se permite la concesión de estos servicios a privados. No obstante, cualquier participación del sector privado debe regirse por el interés general y garantizar la provisión continua y eficiente del servicio. Esta normativa promueve la inversión en infraestructura energética, clave para el desarrollo económico y social del país, siempre bajo la supervisión y control del Estado.

En este sentido, el Código Orgánico de la Producción reconoce que, para satisfacer la creciente demanda energética y fomentar el desarrollo industrial, el país necesita crear condiciones favorables para la inversión en el sector eléctrico. Sin embargo, la participación privada debe ser controlada para asegurar que no se comprometa la calidad del servicio ni se desvirtúen los objetivos de equidad y sostenibilidad.

La Ley Orgánica de Incentivos para las Alianzas Público-Privadas y la Inversión Extranjera (Ley de APP) establece la regulación de las relaciones entre el Estado y el sector privado en la provisión de servicios públicos, incluyendo el servicio de electricidad. Esta ley, promulgada en 2015, establece un marco normativo claro que permite al Estado asociarse con actores privados para desarrollar proyectos de infraestructura energética, bajo la premisa de mejorar la eficiencia y asegurar la sostenibilidad financiera de los mismos.

El principal objetivo de esta ley es atraer inversión extranjera y nacional para superar los desafíos estructurales que enfrenta el sector eléctrico en Ecuador, tales como la expansión de la cobertura en zonas rurales, la modernización de la red de transmisión y la diversificación de la matriz energética. Según Gutiérrez (2017), «la Ley de APP se concibe como una herramienta clave para atraer inversiones extranjeras y nacionales al sector eléctrico, bajo la premisa de que el Estado no puede enfrentar solo los desafíos de infraestructura energética que el país necesita» (p. 68). Esto implica que las alianzas público-privadas son vistas como un medio para compartir los riesgos y costos asociados a la provisión de servicios estratégicos, sin que el Estado pierda el control sobre los sectores clave.

La Ley de APP establece procedimientos específicos para la celebración de contratos de concesión y asociación con el sector privado. Estos contratos deben cumplir con principios de transparencia, rendición de cuentas y protección del interés público. Además, la ley otorga garantías a los inversores, asegurando que los proyectos se realicen bajo un marco legal estable y predecible.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, por su parte, regula el funcionamiento de las empresas públicas encargadas de gestionar los servicios estratégicos, como la electricidad. Esta ley establece que las empresas públicas deben operar bajo principios de transparencia, responsabilidad social y eficiencia, asegurando que los recursos energéticos del país sean gestionados en beneficio del interés público.

En el sector eléctrico, las empresas públicas juegan un rol fundamental en la generación, transmisión y distribución de energía. Estas empresas pueden, a su vez, asociarse con actores privados para desarrollar proyectos de infraestructura

energética, siempre que el Estado mantenga el control sobre los recursos y la planificación energética. Según Ruiz y Carrera (2019), «la Ley de Empresas Públicas contribuye a modernizar el sector eléctrico mediante una estructura que permite la participación de empresas públicas y privadas, sin comprometer el control estatal sobre los recursos energéticos del país» (p. 45).

Esta ley garantiza que las empresas públicas del sector eléctrico operen de manera eficiente y bajo un marco de responsabilidad social, contribuyendo no solo al desarrollo económico, sino también al acceso equitativo y universal de la electricidad en todo el territorio nacional. La posibilidad de formar asociaciones con entidades privadas permite acelerar la implementación de proyectos estratégicos, mejorar la calidad del servicio y responder de manera más efectiva a los desafíos energéticos del siglo XXI.

El servicio de electricidad en Ecuador funciona a través de una estructura mixta, donde el Estado tiene el control sobre los sectores estratégicos, pero la operación y administración del sistema involucra tanto a entidades públicas como privadas. Las principales instituciones encargadas de la gestión del servicio eléctrico son el Ministerio de Energía y Minas, las empresas públicas del sector eléctrico, los municipios y el sector privado.

El Ministerio de Energía y Minas es la máxima autoridad en el sector energético y es responsable de la planificación, regulación y control del sistema eléctrico en el país. Dentro de sus competencias está la elaboración del Plan Maestro de Electrificación, que define las políticas de expansión y modernización del servicio eléctrico, supervisa a las empresas públicas del sector y regula la relación entre los diferentes actores del sistema, así como el cumplimiento de las normas técnicas, económicas y ambientales por parte de los operadores del sistema eléctrico. Además, la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables (ARCERNR) se encarga de la definición de tarifas y de la resolución de conflictos entre usuarios y proveedores del servicio público de energía eléctrica.

La generación, transmisión y distribución de electricidad está a cargo de empresas públicas regionales, que son responsables de la operación de las centrales hidroeléctricas y termoeléctricas, así como del mantenimiento de

las redes de transmisión y distribución. Entre las más importantes están la Corporación Eléctrica del Ecuador (CELEC EP), encargada de la generación y transmisión de electricidad, y la Empresa Eléctrica Quito (EEQ), que gestiona la distribución en la capital. Estas empresas están obligadas a garantizar la provisión continua, eficiente y segura del servicio.

Los gobiernos locales también juegan un rol importante en la distribución del servicio eléctrico, especialmente en áreas rurales. Algunos municipios tienen empresas eléctricas propias que administran la distribución de electricidad en sus territorios, y en muchos casos, estas empresas colaboran con las empresas públicas nacionales para asegurar la cobertura en zonas donde la infraestructura eléctrica es limitada.

Aunque el Estado conserva el control mayoritario sobre el sistema eléctrico, la Ley de Alianzas Público-Privadas (APP) y la Ley de Electricidad permiten la participación del sector privado en la construcción de infraestructura eléctrica y en la operación de proyectos de generación de energía, especialmente en el área de energías renovables. Las concesiones y asociaciones con empresas privadas están sujetas a un estricto control estatal para garantizar que los principios de eficiencia, sostenibilidad y universalidad sean respetados.

5.8 En materia del agua

El marco legal ecuatoriano en materia de agua refleja un enfoque integrador que involucra tanto al Gobierno central como a los GAD en la gestión del recurso hídrico. La Constitución y el COOTAD enfatizan la importancia del agua como un derecho humano y un patrimonio estratégico, asegurando su gestión pública y comunitaria y prohibiendo su privatización. Este enfoque busca garantizar la sostenibilidad y el acceso equitativo al agua, promoviendo la participación comunitaria y la cooperación interinstitucional para enfrentar los desafíos de la gestión hídrica en el país.

En Ecuador, la competencia en materia de agua y saneamiento recae tanto en el Gobierno central como en los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD). Esta estructura dual está delineada en la Constitución de la República

del Ecuador y en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), estableciendo un marco legal que promueve la gestión pública y comunitaria del recurso hídrico.

El régimen jurídico del agua potable y el saneamiento en el Ecuador se encuentra profundamente arraigado en la Constitución de la República, que reconoce al agua no solo como un recurso natural estratégico, sino como un derecho humano fundamental. Bajo este precepto, el ordenamiento jurídico establece tanto el carácter público y comunitario del agua, como la distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno para garantizar su gestión eficiente, equitativa y sostenible. A continuación, se detallan las disposiciones constitucionales más relevantes que estructuran este sector.

Derecho Humano al Agua: el artículo 12 de la Constitución establece que el derecho al agua es fundamental e irrenunciable, calificando al agua como un patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible e inembargable (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Competencia de los Gobiernos Municipales: según el numeral 4 del artículo 264, los GAD municipales tienen la facultad de prestar servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos y saneamiento ambiental (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Responsabilidad del Estado: En el artículo 314 establece que *“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”*.

El artículo 318 de la Carta Magna determina que *“El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe*

toda forma de privatización del agua. La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias. El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios.

El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley". (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Prohibición de Privatización: El artículo 318 prohíbe cualquier forma de privatización del agua, estableciendo que su gestión será exclusivamente pública o comunitaria. También promueve alianzas público-comunitarias para la prestación de servicios relacionados con el agua (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En concordancia con el marco constitucional, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) desarrolla el régimen competencial que rige a los gobiernos autónomos descentralizados (GAD) en el Ecuador. Esta normativa establece con claridad las atribuciones exclusivas de los GAD municipales en materia de prestación de servicios públicos, incluyendo el agua potable y el saneamiento. Su aplicación resulta fundamental para entender cómo se distribuyen las responsabilidades en el territorio y cómo se articulan los modelos de gestión, incluyendo aquellos que permiten la participación público-privada en este sector.

1. *Competencias exclusivas de los GAD:* El artículo 55, letra d), del COOTAD otorga a los GAD municipales la competencia exclusiva para prestar servicios públicos de agua potable y saneamiento (COOTAD, 2010).

2. *Regulación y coordinación:* El artículo 137 del COOTAD establece que la planificación y ejecución de servicios de agua potable deben ser realizadas por los GAD municipales, en coordinación con las autoridades nacionales y locales pertinentes (COOTAD, 2010).

3. *Mancomunidades y delegación de gestión:* Los GAD pueden establecer mancomunidades para gestionar cuencas hidrográficas y delegar la gestión de servicios públicos a empresas de economía mixta, excepto en los servicios de agua y riego, que deben ser gestionados públicamente o en alianzas público-comunitarias (COOTAD, 2010).

El artículo 282 establece que los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial, metropolitano o municipal podrán delegar la gestión para la prestación de servicios públicos o para el desarrollo de otras actividades o emprendimientos, a empresas de economía mixta, siempre que la selección del socio se realice mediante concurso público de acuerdo con la ley que regula las empresas públicas. Exceptuase la dotación de los servicios públicos de agua y riego los cuales sólo pueden ser prestados por entidades públicas, comunitarias o en alianza público-comunitaria.

5.9 En materia de vivienda

Las concesiones en vivienda han sido una herramienta clave en la colaboración entre los sectores público y privado para abordar la necesidad de vivienda asequible y mejorar la infraestructura habitacional. Esta práctica ha evolucionado significativamente desde las décadas de 1980 y 1990, especialmente en América Latina, incluyendo Ecuador, cuando muchos gobiernos adoptaron políticas de liberalización y privatización. Este cambio se debió en gran medida a la necesidad de modernizar la infraestructura y mejorar la calidad de vida sin incrementar la carga fiscal.

En el contexto de la participación público-privada, el sector de la vivienda representa un ámbito de especial sensibilidad social y alto impacto en el bienestar ciudadano. Las experiencias internacionales y regionales demuestran que los proyectos de vivienda desarrollados bajo esquemas de concesión pueden ser exitosos cuando se diseñan e implementan respetando principios técnicos, sociales y ambientales.

En particular, la planificación estratégica, la regulación adecuada, la participación comunitaria, y el enfoque en sostenibilidad e innovación han sido identi-

ficados como pilares fundamentales para el desarrollo de modelos eficaces de concesión de vivienda. A continuación, se describen algunas buenas prácticas reconocidas en la literatura especializada y en informes de organismos multilaterales, que pueden orientar el diseño institucional y contractual de estos proyectos en el contexto ecuatoriano.

La planificación y regulación adecuada son fundamentales para el éxito de las concesiones en vivienda. Es categórico que los gobiernos establezcan un marco regulatorio claro y estable que defina las responsabilidades de cada parte, los términos de la concesión, y los mecanismos de supervisión y control (Yin, 2003). La transparencia en la adjudicación de concesiones es esencial para evitar la corrupción y asegurar que los proyectos se otorguen a las empresas más capacitadas (World Bank, 2016).

La participación de la comunidad en la planificación y desarrollo de proyectos de vivienda puede mejorar significativamente la aceptación y éxito de estos proyectos. La consulta pública ayuda a identificar las necesidades específicas y asegurar que los proyectos se alineen con las expectativas y requisitos de los residentes (Arnstein, 1969).

Implementar prácticas sostenibles y tecnologías innovadoras puede aumentar la eficiencia y reducir el impacto ambiental de los proyectos de vivienda. Esto incluye el uso de materiales de construcción ecológicos, diseño energético eficiente y la integración de espacios verdes (UN-Habitat, 2012).

La combinación de fondos públicos y privados puede aumentar la viabilidad financiera de los proyectos de vivienda. Los incentivos fiscales y subsidios del gobierno pueden atraer la inversión privada, mientras que las garantías y financiamiento a largo plazo pueden reducir los riesgos financieros para los inversores privados (IMF, 2004).

Establecer sistemas de monitoreo y evaluación permite a las autoridades y concesionarios medir el progreso y el impacto de los proyectos. Esto asegura que los objetivos se cumplan y permite realizar ajustes en caso de desviaciones (OECD, 2015).

5.9.1 Casos de éxito en concesiones de vivienda

Además del desarrollo normativo y de las buenas prácticas identificadas, resulta fundamental analizar experiencias internacionales que han logrado implementar con éxito proyectos de vivienda mediante esquemas de participación público-privada. Estos casos permiten ilustrar cómo una adecuada articulación entre el sector público y privado, basada en reglas claras, transparencia y mecanismos eficaces de control, puede traducirse en soluciones habitacionales sostenibles, accesibles y de calidad.

El estudio comparado ofrece lecciones valiosas que pueden ser adaptadas al contexto ecuatoriano, especialmente en lo que respecta a la implementación de políticas habitacionales con enfoque social y territorial. A continuación, se presentan algunos ejemplos relevantes.

Chile ha sido pionero en la implementación de concesiones para infraestructura, incluyendo proyectos de vivienda. A través de su Programa de Concesiones, el país ha desarrollado numerosas iniciativas habitacionales asequibles, mejorando la calidad de vida de miles de familias. El éxito de este programa se debe a un marco regulatorio sólido, transparencia en los procesos de adjudicación y una combinación efectiva de fondos públicos y privados (Engel, Fischer, & Galetovic, 2014).

En Colombia, el programa de Vivienda de Interés Social ha utilizado concesiones y alianzas público-privadas para desarrollar unidades residenciales económicas para familias de bajos ingresos. Este programa ha generado importantes beneficios, en gran medida gracias a la participación activa del sector privado, incentivos fiscales y un enfoque en la sostenibilidad y eficiencia energética (Departamento Nacional de Planeación, 2015).

En Ecuador, los proyectos de participación público-privada (PPP) en vivienda tienen una historia significativa que reflejan los esfuerzos conjuntos del Estado central, los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD) y el sector privado para garantizar el derecho a una vivienda y hábitat dignos. Este derecho está consagrado en el artículo 66, número 2, de la Constitución de la República del Ecuador, el cual establece:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: " (...) 2. *El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.*" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 66, núm. 2).

No obstante, las atribuciones en materia de vivienda son diversas y compartidas. La revisión de las normas relevantes indica que no existe una exclusividad, por lo que los modelos de proyectos PPP no considerarán una delegación de dichas competencias.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 261, determina que el Estado central tiene competencias exclusivas en materia de políticas públicas de vivienda:

"El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: 6. Las políticas de educación, salud, seguridad social, vivienda. Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos correspondientes en educación y salud." (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 261).

Esta competencia se ratifica y limita según lo establecido en el artículo 375, particularmente en su último inciso:

"(...) El Estado ejercerá la rectoría para la planificación, regulación, control, financiamiento y elaboración de políticas de hábitat y vivienda." (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 375).

Dado que esta competencia es exclusiva, no es delegable. En este contexto, al no existir una competencia exclusiva que determine que el Estado central o los GAD deban ejercerla de manera única, se permite la diversificación de los modelos de gestión. Es decir, dentro de las políticas públicas en materia de vivienda, se pueden ejecutar proyectos bajo los parámetros del derecho privado o según la normativa vigente y los casos específicos.

El análisis previo permite desarrollar un esquema de los contratos en los que se puede observar la participación de entidades públicas, el tipo de contrato y la gestión privada, proporcionando claridad respecto a las competencias en esta materia y los tipos de contratos de gestión PPP realizados.

5.10 En materia del espectro radioeléctrico y telecomunicaciones

La gestión del espectro radioeléctrico en Ecuador refleja un modelo equilibrado entre la soberanía estatal sobre un bien estratégico y la posibilidad de participación privada en la prestación de servicios vinculados a su aprovechamiento. Las experiencias de concesión con empresas como Claro, Movistar y CNT han demostrado que, bajo una regulación adecuada, el modelo puede promover la expansión de servicios, la innovación tecnológica y el acceso equitativo a la información, sin comprometer el interés nacional ni los principios constitucionales.

El espectro radioeléctrico es un recurso natural limitado, de carácter estratégico, cuya titularidad corresponde exclusivamente al Estado ecuatoriano. Se trata de un bien inalienable, imprescriptible e inembargable, cuya administración, regulación y control se encuentran expresamente reservados al Estado, conforme lo dispone el artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2015) desarrolla este marco normativo, estableciendo que la planificación, asignación y supervisión del espectro están a cargo de dos instituciones: el Ministerio de Telecomunicaciones (MINTEL), que incluye a la Sociedad de la Información, como ente rector del sistema nacional de telecomunicaciones, y la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (ARCOTEL), encargada de otorgar títulos habilitantes y ejercer la vigilancia técnica y legal sobre los operadores.

Aunque la titularidad del espectro no es delegable, el Estado sí puede autorizar su uso temporal mediante contratos de concesión que deben adjudicarse a través de procesos públicos, transparentes y competitivos, conforme a los principios de legalidad, eficiencia, cobertura e interés general. Este modelo ha dado lugar a un sistema mixto en el que coexisten operadores públicos y privados.

Las principales operadoras que utilizan el espectro en Ecuador son:

1. *Claro (CONECCEL S.A.)*: obtuvo su concesión inicial en 1990 por 15 años. En 2008 renovó su contrato por un nuevo período de 15

años, que venció en agosto de 2023. Actualmente opera bajo prórroga mientras se negocia la nueva concesión.

2. *Movistar (OTECEL S.A.)*: firmó su contrato de concesión en 2008 por 15 años, con vencimiento en noviembre de 2023. También opera bajo prórroga en espera de una nueva adjudicación.

3. *Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT)*: como empresa pública, CNT lanzó su servicio 4G LTE en diciembre de 2013, tras recibir la autorización respectiva del Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

Al finalizar el plazo de concesión, el espectro revierte automáticamente al Estado, lo que garantiza la recuperación plena del bien estratégico y el mantenimiento de la soberanía tecnológica.

Desde la perspectiva de la participación público-privada (PPP), si bien la propiedad del espectro no puede transferirse, la prestación de servicios y el desarrollo de infraestructura asociada —como redes móviles y fijas, fibra óptica, plataformas digitales y equipamiento especializado— puede estructurarse mediante diversos esquemas de colaboración entre el Estado y actores privados.

Estos esquemas incluyen concesiones, contratos de inversión, asociaciones público-privadas, alianzas estratégicas y consorcios. La implementación de este modelo ha sido clave para ampliar la cobertura, mejorar la calidad del servicio y reducir la brecha digital, especialmente en zonas rurales o de difícil acceso.

Además, el Estado puede aplicar incentivos fiscales, subsidios cruzados, fondos universales de servicio, tarifas reguladas y mecanismos de compensación para estimular inversiones privadas alineadas con el interés público y las políticas de inclusión digital.

5.10.1 Radiodifusión sonora: competencia sobre radios AM y FM

La radiodifusión sonora en frecuencia modulada (FM) y amplitud modulada (AM) forma parte integral del régimen de telecomunicaciones, al ocupar segmentos del espectro radioeléctrico asignados para la difusión de contenidos

sonoros. El uso de estas frecuencias se enmarca en el dominio público estatal y constituye una actividad sujeta a autorización administrativa bajo control estatal estricto.

Conforme al artículo 313 de la Constitución y a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (2015), el espectro utilizado para la radiodifusión no puede ser objeto de apropiación, pero sí de uso concesionado, mediante títulos habilitantes emitidos por la ARCOTEL. La Ley Orgánica de Comunicación (LOC) complementa este régimen, reconociendo la necesidad de promover un acceso equitativo, plural y democrático al espectro radioeléctrico (LOC, 2013, art. 85). La jurisprudencia constitucional ha resaltado que la gestión estatal del espectro debe garantizar principios como la transparencia en los concursos públicos, la pluralidad informativa y la prohibición de concentración mediática (Corte Constitucional del Ecuador, 2015). En este sentido, se reconocen tres tipos de prestadores:

1. medios públicos (de titularidad estatal).
2. medios privados con fines de lucro.
3. medios comunitarios sin fines de lucro, destinados a fortalecer la participación ciudadana.

Los títulos habilitantes son de plazo determinado y revocables por incumplimiento de sus condiciones. El principio de reversión garantiza que, una vez vencido el término de la concesión, la frecuencia vuelva al dominio del Estado. Asimismo, el artículo 17 de la Constitución obliga al Estado a garantizar la diversidad y la no concentración en la propiedad de los medios de comunicación.

Desde la óptica de participación público-privada, si bien la radiodifusión no encaja plenamente dentro del modelo de gestión delegada con inversión y riesgo compartido, sí representa una relación jurídico-administrativa estructurada sobre el uso de un bien público estratégico. La asignación de frecuencias implica responsabilidades técnicas, sociales y culturales por parte del concesionario, y está sujeta a control ex post por parte del Estado.

En suma, la administración del espectro radioeléctrico para fines de radiodifusión configura una competencia exclusiva del Estado que, a través de meca-

nismos de concesión vigilados y normativamente encuadrados, permite la coexistencia de múltiples voces en el espacio público sonoro, contribuyendo así al pluralismo democrático.

5.11 En materia del sector de hidrocarburos

El sector de los hidrocarburos constituye una de las áreas estratégicas fundamentales del Estado ecuatoriano. En virtud del artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), los recursos naturales no renovables, incluyendo el petróleo y el gas natural, forman parte de los sectores de decisión y control exclusivo del Estado, debido a su alta incidencia económica, social y ambiental. Esta disposición responde al principio de soberanía sobre los recursos naturales, que tiene un desarrollo doctrinario y jurisprudencial consolidado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Conforme al artículo 316 de la Constitución, el Estado podrá delegar excepcionalmente la participación en estos sectores a empresas mixtas con mayoría accionaria estatal, o de forma excepcional a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, cuando medien razones de interés nacional debidamente justificadas y conforme a las condiciones establecidas por la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008, arts. 313-316).

La Ley de Hidrocarburos (1978) desarrolla este régimen jurídico, estableciendo que todos los yacimientos de hidrocarburos son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado, quien podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para la exploración y explotación de estos recursos bajo diferentes modalidades contractuales (Ley de Hidrocarburos, 1978, arts. 1 y 2). Entre estas modalidades se incluyen los contratos de prestación de servicios específicos, participación, asociación o consorcio, entre otros.

De igual modo, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) establece que el Estado podrá delegar excepcionalmente inversiones en sectores estratégicos a través de procedimientos definidos por la legislación sectorial, siempre que se respeten los principios de transparencia, legalidad y sostenibilidad (COPCI, 2010, art. 96).

En la práctica ecuatoriana, la gestión estatal del sector ha sido implementada a través de entidades públicas como PETROECUADOR y, hasta su fusión, PETROAMAZONAS, las cuales han celebrado contratos con operadores privados bajo mecanismos que no implican cesión de propiedad sobre los recursos, pero sí una participación controlada en su explotación, procesamiento y comercialización. Ejemplo de ello han sido los contratos de servicios integrados con financiamiento privado y los acuerdos de participación con operadores internacionales en campos marginales o de difícil acceso (Ramírez Gallegos, 2013).

Desde la perspectiva constitucional, la jurisprudencia ha sido enfática en establecer que, tratándose de sectores estratégicos, cualquier forma de delegación debe respetar el principio de legalidad, ser excepcional y cumplir con estándares de control público. En particular, la Sentencia No. 002-15-SIN-CC de la Corte Constitucional sostuvo que la participación privada no puede sustituir la rectoría estatal, ni eliminar el deber de vigilancia, regulación y garantía del interés general por parte del Estado (Corte Constitucional del Ecuador, 2015).

En este marco, la participación público-privada en el sector de hidrocarburos resulta compatible únicamente si se preserva la titularidad estatal sobre los recursos, se garantiza la recuperación de las inversiones mediante mecanismos contractuales equilibrados, y se respetan los principios de sostenibilidad, equidad, soberanía energética y participación ciudadana.

A lo largo de las últimas décadas, el Estado ecuatoriano ha desarrollado distintas formas de ejercicio de su competencia sobre el sector hidrocarburífero, tanto en lo relativo a la explotación directa como en los mecanismos de colaboración con actores privados. Esta sección expone tres casos emblemáticos que ilustran la aplicación de dicho régimen, bajo distintas modalidades contractuales o decisiones de política pública que reflejan el alcance de la soberanía estatal sobre los recursos naturales.

Cada uno de estos casos revela aspectos importantes para comprender el diseño institucional y legal de la participación pública y privada en un sector estratégico. Asimismo, permite observar cómo se ha implementado la competencia exclusiva del Estado, cómo se han estructurado los contratos o concesiones,

cuáles han sido sus impactos jurídicos, sociales y ambientales, y cómo se han desarrollado mecanismos de control y supervisión estatal frente a la delegación parcial de funciones.

a. Caso Chevron–Texaco (1964–1992): durante este periodo, la empresa Texaco Petroleum Company operó campos petroleros en consorcio con CEPE (Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana), evidenciando una modalidad temprana de participación público-privada. El contrato de operación fue suscrito en 1973 y finalizó en 1992, cuando Texaco se retiró del país. A pesar de haber firmado un acuerdo de remediación con el Estado en 1995, diversas comunidades amazónicas iniciaron en 2003 un juicio en Lago Agrio por los daños ambientales ocasionados durante su operación. Si bien el Estado era socio, su rol en la vigilancia ambiental fue limitado, lo que motivó posteriormente cuestionamientos sobre el ejercicio adecuado de su competencia como garante de derechos y del interés general (Kimerling, 2013; PCA Case No. 2009-23, 2018).

a. Caso ITT – Yasuní (2007–2023): el Bloque 43 del ITT (Ishpingo-Tambococha-Tiputini) fue objeto de una iniciativa estatal sin precedentes, impulsada en 2007 bajo el mecanismo Yasuní-ITT, que buscaba mantener el crudo bajo tierra a cambio de una compensación financiera internacional. Ante el fracaso de esta iniciativa, el Estado autorizó su explotación en 2013 mediante decreto ejecutivo. En 2023, mediante consulta popular convocada por la Corte Constitucional (Dictamen No. 6-22-CP/23), el pueblo ecuatoriano decidió paralizar dicha explotación. Este proceso refleja el ejercicio soberano de la competencia estatal sobre sectores estratégicos, tanto para explotarlos como para abstenerse de hacerlo, cuando concurren razones de interés superior como la protección de los derechos de la naturaleza (Constitución del Ecuador, art. 407).

a. Caso OCP – Oleoducto de Crudos Pesados (2003): el proyecto OCP representa la experiencia más relevante de delegación de infraestructura en el sector hidrocarburífero ecuatoriano. En 2001, el Estado otorgó una concesión a la empresa OCP Ecuador S.A., un consorcio pri-

vado compuesto por varias petroleras, para la construcción y operación de un oleoducto que transporta crudo desde el Oriente hasta la costa. El contrato, firmado por 20 años, establecía que la infraestructura revertería al Estado al término del plazo, lo cual ocurrió en 2023. Este caso evidencia cómo la infraestructura de transporte puede ser gestionada bajo esquemas de colaboración público-privada sin que ello implique la delegación del recurso natural estratégico (Ramírez Gallegos, 2013).

5.12 En materia del sector minero

La competencia estatal en el sector minero se articula en torno a tres ejes fundamentales: (i) la titularidad constitucional indelegable sobre los recursos; (ii) un marco normativo que garantiza la primacía del interés público y limita la delegación a circunstancias excepcionales; y (iii) un modelo regulado de cooperación público-privada que prioriza la soberanía sobre los recursos naturales y la distribución equitativa de los beneficios.

La minería, en tanto actividad asociada al aprovechamiento de recursos naturales no renovables, constituye un sector estratégico conforme al artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional, 2008). Esta disposición consagra que los recursos minerales son propiedad exclusiva del Estado, y su carácter inalienable e imprescriptible impide su transferencia o apropiación por parte de terceros. En este marco, la administración, regulación y control de estos recursos son competencias que no pueden ser delegadas, aun cuando se habilite la participación de actores privados en las fases de exploración o explotación.

El artículo 316 constitucional establece que, de manera excepcional, el Estado puede delegar la gestión de actividades en sectores estratégicos —como el minero— a empresas mixtas con mayoría de capital público, o, también de forma excepcional, a iniciativas privadas o de la economía popular y solidaria, siempre que dicha delegación se motive en razones de interés nacional y se ajuste a lo previsto en la ley (Asamblea Nacional, 2008).

El régimen jurídico específico del sector minero está regulado principalmente por la Ley de Minería (Asamblea Nacional, 2009) y su reglamento general. Esta

ley ratifica la titularidad estatal sobre todos los recursos minerales del subsuelo, y determina que su aprovechamiento solo podrá efectuarse mediante concesiones administrativas, licencias o contratos otorgados por el Estado a través de las entidades competentes: el Ministerio de Energía y Minas, como órgano rector, y la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables (ARCERNR), como ente técnico de control.

El Ministerio de Energía y Minas, en calidad de órgano rector del sector, es responsable de formular, implementar y coordinar las políticas públicas, planes y programas en materia minera, conforme lo dispone el Decreto Ejecutivo No. 574 de 2022. Esta autoridad ejerce competencias normativas y de planificación, y lidera la coordinación interinstitucional, incluyendo el trabajo con los gobiernos autónomos descentralizados, con el fin de garantizar una gestión integrada, eficiente y ambientalmente responsable del sector minero.

Las formas de participación del sector privado incluyen la adjudicación de concesiones mineras para las fases de exploración, explotación y beneficio; contratos de operación bajo diferentes esquemas; y la posibilidad de celebrar asociaciones estratégicas con entidades públicas, entre ellas la Empresa Nacional Minera del Ecuador (ENAMI EP), creada para promover una minería responsable con participación estatal activa.

La Ley de Minería establece principios fundamentales como el interés público, la sostenibilidad ambiental, la responsabilidad social, y la redistribución de beneficios, que deben regir toda actividad minera y condicionar cualquier autorización a operadores privados. Asimismo, impone el cumplimiento de procesos de consulta previa, libre e informada a los pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas potencialmente afectadas, en consonancia con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre las que destacan las sentencias Nos. 001-10-SIN-CC y 1149-19-JP/21 (Corte Constitucional del Ecuador, 2010, 2021).

En el contexto de proyectos de participación público-privada (PPP), la minería ecuatoriana ha constituido un campo de atracción para la inversión nacional y extranjera, especialmente en grandes proyectos como Fruta del Norte, Mirador, Loma Larga, Cascabel y La Plata. No obstante, tales proyectos operan

bajo un régimen jurídico que preserva la propiedad estatal del recurso y que establece obligaciones estrictas de fiscalización técnica, control ambiental, cumplimiento tributario y planes de cierre y remediación ambiental. Los contratos han sido suscritos directamente por el Estado o por ENAMI EP, mediante procesos públicos y transparentes orientados por el principio de legalidad (Ramírez Gallegos, 2013).

El carácter indelegable de la competencia estatal en el sector minero ha sido reafirmado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales y documentos institucionales que fortalecen el rol del Estado como garante del interés público. A continuación, se destacan algunos de los casos más relevantes:

1. *Sentencia No. 1149-19-JP/21 (Corte Constitucional, 2021)*: esta decisión emblemática reafirmó que la delegación de actividades mineras a actores privados no exime al Estado de su deber de garantizar derechos colectivos, en particular el de consulta previa. La Corte concluyó que el interés nacional debe ser expresamente justificado y que el control estatal no puede ser sustituido por el accionar empresarial.

2. *Sentencia No. 001-10-SIN-CC (Corte Constitucional, 2010)*: conocida como el “caso Dayuma”, esta sentencia definió parámetros sustantivos para la consulta previa en zonas afectadas por actividades extractivas. La Corte sostuvo que la gestión minera sigue siendo responsabilidad estatal, incluso en presencia de contratos privados, y que las omisiones en consulta previa invalidan los actos administrativos autorizados.

3. *Contraloría General del Estado – Proyecto Fruta del Norte (Informes de auditoría, 2017–2019)*: los informes de control emitidos en este caso revelaron deficiencias en la fiscalización ambiental por parte del Estado. Aunque el contrato se ajustaba formalmente al marco normativo, la Contraloría observó que la supervisión estatal efectiva es indispensable para el cumplimiento de los fines públicos.

4. *Informe Defensorial No. 072-DPE-2019 (Defensoría del Pueblo)*: este informe evidenció fallas estructurales en la supervisión estatal del proyecto Llurimagua, recomendando fortalecer las capacidades del Ministerio de Energía y de los organismos de control. La Defensoría advirtió sobre el riesgo de “vacíos de poder público” frente a la acción de grandes empresas mineras.

5. *Sentencia No. 282-15-SEP-CC (Corte Constitucional, 2015)*: en relación con el proyecto Mirador, la Corte concluyó que la competencia estatal en materia ambiental no puede limitarse a trámites formales, y que la evaluación sustantiva de impactos es un deber constitucional, aún en presencia de autorizaciones concedidas a privados.

5.13 Sobre las empresas públicas

En Ecuador las empresas públicas también pueden participar en proyectos de concesión, ya sea como operadores o como socios estratégicos en alianzas público-privadas (APP). Las empresas públicas en Ecuador, con su marco legal definido y capacidad asociativa, aportan en el desarrollo de infraestructuras estratégicas y mejora de servicios públicos, contribuyendo al cumplimiento de los objetivos de desarrollo nacional. Las empresas públicas en Ecuador tienen la capacidad y el marco legal necesario para participar activamente en proyectos de concesión y alianzas público-privadas. Su participación puede ser clave para el desarrollo de infraestructuras estratégicas y la mejora de los servicios públicos en el país.

Las empresas públicas en Ecuador pueden jugar varios roles en proyectos de concesión⁵:

6. *operador*: pueden ser designadas como operadoras de infraestructuras o servicios bajo esquemas de concesión. Por ejemplo, una empresa pública de telecomunicaciones podría operar una red de fibra óptica concesionada.

7. *socio estratégico*: participan como socios estratégicos en alianzas público-privadas (APP), aportando capital, conocimiento sectorial o activos para el desarrollo de proyectos conjuntos.

5 Ejemplos de Participación: Algunos ejemplos de empresas públicas en Ecuador que han participado en proyectos de concesión o APP incluyen: Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT): Ha participado en la implementación de proyectos de infraestructura de telecomunicaciones, tanto como operador de redes como socio en iniciativas conjuntas con el sector privado. Empresa Pública del Agua (EPA): Participa en proyectos de infraestructura relacionados con la gestión del agua y saneamiento básico bajo esquemas de concesión. Empresa Coordinadora de Empresas Públicas (EMCO): Coordina la participación de diversas empresas públicas en proyectos estratégicos para el desarrollo del país, incluyendo concesiones.

Ley Orgánica de Empresas Públicas: establece el marco legal para la creación, organización y funcionamiento de las empresas públicas en Ecuador. Esta ley también regula la participación de las empresas públicas en asociaciones con el sector privado, incluyendo concesiones y APP.

Ley de Alianzas Público-Privadas: define los principios, procedimientos y normativas específicas para la implementación de alianzas público-privadas, incluyendo las concesiones. Esta ley proporciona el marco legal para la participación de empresas públicas en proyectos conjuntos con el sector privado.

Normativa Sectorial: cada sector tiene su propia normativa específica que regula las concesiones y la participación de las empresas públicas. Por ejemplo: En el sector de telecomunicaciones, la regulación de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUPERTEL) y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones regulan las condiciones bajo las cuales las empresas públicas pueden participar en proyectos de concesión. En el sector de agua y saneamiento, la regulación ambiental y las normativas específicas de gestión de recursos hídricos son aplicables a proyectos en los que participen empresas públicas.

La participación de empresas públicas en proyectos de concesión puede aportar estabilidad financiera, experiencia técnica y capacidades de gestión sectorial al proyecto. Esto puede contribuir a la eficiencia operativa y al cumplimiento de los objetivos de desarrollo establecidos por el gobierno. Entre los desafíos se incluyen la necesidad de asegurar la transparencia en la selección de proyectos, la gestión eficiente de riesgos y la garantía de que los intereses públicos, como la accesibilidad y la equidad, sean protegidos en el marco de la colaboración con el sector privado⁶.

Es necesario mencionar que las empresas públicas no son los órganos que tienen competencia sobre las actividades públicas, sino que éstas pueden ser creadas para el ejercicio de esta competencia, entre otros objetivos.

El artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) establece límites expresos a las formas de gestión que pueden adoptar las empresas públicas.

6 Un caso ilustrativo es la gestión del Aeropuerto de Quito, donde el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Quito delegó la administración a través de un proceso de concesión con QUIPORT, respaldado por la creación de una empresa pública local en alianza estratégica con Canadian Commercial Operation.

De acuerdo con este artículo, estas entidades no están facultadas para realizar procesos de delegación, concesión u otras formas de gestión indirecta, que impliquen ceder a terceros —generalmente actores privados— la titularidad o el control operativo de los servicios o actividades que les han sido encomendadas por el Estado.

Esta prohibición responde al carácter estratégico y público de las actividades que ejecutan las empresas públicas, así como a su régimen jurídico especial, que las diferencia tanto de las entidades estatales tradicionales como de las sociedades mercantiles privadas. Permitir que estas empresas deleguen o concedan la gestión de sus funciones implicaría, en la práctica, una doble delegación que podría diluir la responsabilidad estatal, fragmentar el control público y generar tensiones con el principio constitucional de titularidad estatal sobre los sectores estratégicos y servicios públicos (artículos 313 y 316 de la Constitución).

No obstante, la propia norma habilita a las empresas públicas a establecer modalidades de cooperación institucional o empresarial más flexibles, siempre que se respeten los límites del marco constitucional. En concreto, el artículo 35 autoriza la constitución de asociaciones, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta o convenios con entidades del sector público, privado, o de la economía popular y solidaria, tanto a nivel nacional como internacional, siempre que se enmarquen en las disposiciones del artículo 316 de la Constitución.

El artículo 316 establece que la participación privada en sectores estratégicos o servicios públicos solo puede realizarse de forma excepcional, y mediante mecanismos expresamente regulados por la ley. Por tanto, las empresas públicas sí pueden vincularse con actores privados, pero no mediante mecanismos típicos de concesión o delegación, sino a través de formas societarias o asociativas reguladas, como las empresas mixtas, en las que el Estado conserve el control y se garanticen condiciones de transparencia, eficiencia y protección del interés público.

Sin embargo, la Ley Orgánica de Empresas Públicas “regula la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos

de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República.”.

El inciso primero del art. 4 de la LOEP, define a las empresas públicas como “entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, como personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión; destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.”.

Y en concordancia con el presente documento, el artículo 35 determina la capacidad asociativa de las empresas públicas *“Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del artículo 316 de la Constitución de la República”*.

En el caso de la operación del Aeropuerto de Quito debemos considerar que el Estado central delegó al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal la administración de este. A su vez, el GAD de Quito realizó un proceso de contratación por concesión con QUIPORT. Paralelamente, el GAD de Quito creó una empresa pública con la que mantiene una alianza estratégica con Canadian Commercial Operation.

Esta forma de Asociación es aplicable para los proyectos de Agua Potable, Vivienda, y en general aquellos en los que, no existiendo una competencia exclusiva para el Estado, es permitido realizar la gestión pública a través de Empresas Públicas, y consecuentemente, según lo antes mencionado, con Alianzas Estratégicas.

5.13.1 Caso Especial del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), en su artículo 1, establece que “Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen (...) las entidades determinadas en este articulado” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, art. 1).

Adicionalmente, el artículo 25 de la misma norma especifica que las entidades contratantes deberán “(...) certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008, art. 25). Esto implica que, para realizar procesos de contratación bajo el régimen de esta norma, se requiere que la entidad contratante cuente con recursos suficientes, pero no limita la participación de capital privado o ajeno al sector público.

Por otro lado, el Reglamento General de la LOSNCP, modificado en 2023, permitía la inclusión de capitales externos. El artículo 27 del Reglamento, que se cita textualmente a continuación, merece una lectura completa:

“Art. 27.- Certificación de disponibilidad de fondos. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley, para iniciar un proceso de contratación se requiere certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.

Para cubrir la totalidad del proyecto o para complementar una parte del mismo, se admite la posibilidad de que se presenten propuestas de financiamiento otorgado por los propios oferentes, o por inversionistas, organizaciones estatales, u organismos e instituciones financieras o crediticias; situación que deberá constar de forma expresa en los pliegos. En dicho caso, el financiamiento ofrecido será uno de los aspectos a evaluar y calificar dentro de la determinación del mejor costo previsto en la Ley, de acuerdo a los parámetros que se señalen en los pliegos.

En cualquiera de los casos previstos, se deberá emitir la certificación sobre la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de los recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de las contrataciones que constan en el Plan Anual de Contrataciones, cuya responsabilidad le corresponde al Director Financiero de la entidad contratante o a quien haga sus veces.

La certificación incluirá la información relacionada con las partidas presupuestarias o los fondos a los que se aplicará el gasto; y, se conferirá por medios electrónicos de manera preferente, y de no ser esto posible, se emitirá por medios físicos.” (Reglamento General de la LOSNCP, 2023, art. 27).

Es decir, el Sistema Nacional de Contratación Pública reconoce que “(...) se admite la posibilidad de que se presenten propuestas de financiamiento otorgado por los propios oferentes, o por inversionistas, organizaciones estatales, u organismos e instituciones financieras o crediticias (...)” (Reglamento General de la LOSNCP, 2023, art. 27). Por lo tanto, sin pensar directamente que esta norma permite una participación público-privada en la ejecución de los proyectos, el Ejecutivo ha incorporado esta posibilidad dentro de la normativa de este sistema.

5.1.4 El caso del Cuerpo de Ingenieros del Ejército

El Cuerpo de Ingenieros del Ejército fue creado mediante Decreto Ejecutivo No. 134 de 4 de octubre de 1968, publicado en el Registro Oficial No. 30 el 14 de octubre del mismo año, en el cual se le otorgan las siguientes funciones:

“Art. 1.- CREASE el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, dependiente de dicha Fuerza, con Categoría de Departamento, el mismo que se conformará a base de la centralización de los siguientes organismos: Servicio de Ingenieros del Ejército, Unidades de Ingenieros existentes al momento y aquellas Unidades de Ingenieros que se crearen en el futuro.

Art. 2.- DICHO Cuerpo de Ingenieros tendrá a su cargo la Dirección, Planificación, Ejecución y Supervisión de los trabajos, en coordinación con los Ministerios o entidades interesadas y responsables de la financiación y fiscalización

de los mismos. Se dará mayor prioridad a la construcción de vías en la Región Nororiental del País.” (Decreto Ejecutivo No. 134, 1968, art. 1-2).

El 30 de mayo de 1978, mediante Decreto Supremo No. 2551, se facultó al Comandante del Cuerpo de Ingenieros del Ejército para que, a nombre y en representación del Gobierno Nacional, celebre contratos relacionados con la ejecución de obras de infraestructura, vialidad, sanitarias, vivienda y otras, con personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras; e igualmente los contratos que se relacionen con el cumplimiento de las obligaciones y funciones asumidas por el Cuerpo de Ingenieros del Ejército (Decreto Supremo No. 2551, 1978).

El 6 de mayo de 2004, el citado Decreto fue reformado, pero se mantienen las facultades otorgadas mediante los Decretos 134 y 2551.

De la revisión de la normativa antes descrita, se desprende que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército tiene capacidad para participar en alianzas estratégicas, dentro del ámbito de sus competencias. Esto, considerando lo determinado en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, y el actual Código Orgánico Administrativo, le permite ser delegatario de los servicios públicos (Asamblea Nacional del Ecuador, 2004; Código Orgánico Administrativo, 2017).

En base a lo anterior, se concluye que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, al ser una entidad pública, puede ser parte de una empresa mixta que se encargue de la ejecución del contrato de participación público-privada o de la forma de delegación establecida según los pliegos. Sin embargo, deberá formar parte del aliado privado con el que se formaría la empresa mixta en los términos de los artículos 308 y 310 de la Ley de Compañías:

“Art. 308.- El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, juntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía.” (Ley de Compañías, art. 308).

“Art. 310.- Las entidades enumeradas en el Art. 308 podrán participar en el capital de esta compañía suscribiendo su aporte en dinero o entregando equipos,

instrumentos agrícolas o industriales, bienes muebles e inmuebles, efectos públicos y negociables, así como también mediante la concesión de prestación de un servicio público por un período determinado.” (Ley de Compañías, art. 310).

Sin embargo, en una Alianza Público-Privada, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército actuaría como el aliado público. Todo este análisis nos lleva a la conclusión de que las entidades públicas también pueden formar parte de iniciativas de proyectos con participación público-privada, para lo cual se deberá realizar el análisis normativo correspondiente para determinar su grado de participación.

PARTE III:

Estructuración de los proyectos de concesiones

6. Generalidades

En Ecuador las concesiones están reguladas por varias entidades que trabajan en conjunto además de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), la cual juega un papel importante en la planificación y coordinación de políticas públicas relacionadas con las concesiones y el desarrollo infraestructural. La Secretaría de Alianzas Público-Privadas (Secretaría APP) busca la promoción, desarrollo y gestión de las alianzas público-privadas y las concesiones.

La Secretaría de Alianzas Público-Privadas es una entidad del Gobierno de Ecuador encargada de promover y facilitar la participación del sector privado en la ejecución de proyectos de infraestructura pública a través de esquemas de asociación público-privada (APP) y concesiones. Esta secretaría opera bajo la coordinación de la Vicepresidencia de la República y tiene las siguientes funciones principales:

1. promoción y coordinación: la Secretaría APP promueve las alianzas público-privadas como una herramienta para el desarrollo de infraestructuras estratégicas en el país. Coordina con otras entidades gubernamentales y actores relevantes para identificar y estructurar proyectos aptos para ser ejecutados bajo estos esquemas.
2. estructuración de proyectos: se encarga de la estructuración técnica, financiera y legal de los proyectos de APP y concesiones. Esto incluye la preparación de estudios de factibilidad, la definición de los modelos de negocio y la elaboración de los documentos de licitación y contratación.

3. licitación y adjudicación: conduce los procesos de licitación y adjudicación de los proyectos de infraestructura bajo esquemas de APP y concesiones. Garantiza la transparencia y la competencia en estos procesos, velando por el cumplimiento de las normativas legales y técnicas establecidas.

4. seguimiento y supervisión: una vez adjudicados los proyectos, la Secretaría APP se encarga del seguimiento y la supervisión de la ejecución de los contratos de concesión y APP. Asegura el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las empresas privadas concesionarias y la calidad en la prestación de los servicios públicos asociados.

5. promoción de inversiones: fomenta la participación de inversionistas nacionales e internacionales en proyectos de infraestructura mediante la difusión de oportunidades de inversión y la facilitación de encuentros y eventos de promoción.

La actividad de la Secretaría APP se enmarca en la Ley Orgánica de Alianzas Público-Privadas y la Ley de Modernización del Estado, que establecen el marco jurídico para la realización de proyectos de infraestructura pública bajo esquemas de colaboración entre el sector público y privado en Ecuador.

La Secretaría Técnica de Asociaciones Público-Privadas y Delegación (Secretaría APP) es el órgano técnico responsable de promover, coordinar y asistir la estructuración de proyectos de inversión delegada en el Ecuador. Su marco normativo principal está dado por la Ley Orgánica de Incentivos para las Alianzas Público-Privadas y la Inversión Extranjera (Registro Oficial Suplemento No. 652 de 18 de diciembre de 2015), así como por su reglamento ejecutivo. Esta normativa establece los principios, procedimientos y condiciones para la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura y servicios públicos mediante esquemas de cooperación público-privada.

A través de esta ley, se institucionaliza un modelo de gestión que busca compatibilizar la atracción de inversión privada con la garantía del interés público, en sectores como vialidad, salud, energía, telecomunicaciones, logística y equipamiento urbano. La Secretaría APP actúa como ente técnico de apoyo a las entidades delegantes, promoviendo la calidad institucional y metodológica de los proyectos, el cumplimiento de criterios de sostenibilidad fiscal, y la aplicación de buenas prácticas en la estructuración contractual.

Comparativamente, las agencias de APP en América Latina —como la Agencia Nacional de Infraestructura en Colombia, ProInversión en Perú, y la Dirección General de Concesiones en Chile— ejercen funciones comunes fundamentales, que incluyen:

1. planificación estratégica de la infraestructura con criterios de priorización nacional y sectorial.
2. promoción de inversión privada a través de esquemas de concesión, participación mixta o iniciativas privadas.
3. estructuración técnica, jurídica y financiera de los proyectos, con metodologías homogéneas para asegurar su viabilidad integral.
4. gestión transparente de procesos de licitación, con reglas competitivas, mecanismos de precalificación y evaluación objetiva.
5. supervisión y fiscalización de la ejecución contractual, incluyendo control del cumplimiento de hitos, penalidades, estándares de calidad y niveles de servicio.
6. verificación de requisitos técnicos, ambientales, sociales y financieros, para asegurar que los proyectos se alineen con la normativa vigente y los compromisos internacionales del país.

En ese contexto, la Secretaría APP ecuatoriana cumple un rol estratégico dentro del ecosistema institucional de las concesiones, orientado a fortalecer la capacidad del Estado para estructurar contratos complejos de largo plazo, garantizando el equilibrio entre eficiencia operativa, protección del interés público y atracción de inversión privada.

La Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, junto con su Reglamento General, constituye un esfuerzo normativo importante en el desarrollo del régimen jurídico aplicable a los proyectos de participación público-privada (PPP) en el Ecuador. Esta normativa incorpora varios conceptos clave propios de los modelos internacionales de APP, especialmente en lo relativo a la atracción de inversión, la seguridad jurídica y la distribución de riesgos contractuales. Sin embargo, su alcance se encuentra limitado, en la medida en que se enfoca principalmente en la generación de incentivos de naturaleza económica y tributaria, sin desarrollar de forma integral aspectos institucionales, procedimentales y regulatorios que son esenciales para la estructuración eficaz y sostenible de este tipo de proyectos. Así lo determina su artículo primero “Esta Ley tiene por objeto establecer incentivos

para la ejecución de proyectos bajo la modalidad de asociación público-privada y los lineamientos e institucionalidad para su aplicación. Asimismo, esta Ley establece incentivos específicos para promover en general el financiamiento productivo, la inversión nacional y la inversión extranjera.”.

Sin embargo, el acceso a los incentivos contemplados en la ley está condicionado a la aprobación previa del proyecto por parte del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, órgano creado por el artículo 4 de la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, el cual tiene a su cargo la evaluación, selección y autorización de los proyectos que podrán acogerse al régimen especial de beneficios. La composición de este comité se detalla en el artículo 5 de la misma ley, y está integrada por altas autoridades del Ejecutivo, lo que refleja la centralización del proceso de calificación y priorización de las iniciativas.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de esta ley, el comité actúa como órgano técnico responsable de aplicar el régimen jurídico previsto.

La citada norma contiene 20 artículos relacionados con Proyectos de Participación Público Privada, y establece en ellos, conceptos básicos que debe considerarse para que las propuestas elaboradas sean aprobadas por el citado Comité¹.

1 *Las propuestas deben contener según el artículo 3, lo siguiente “La estructuración, ejecución y evaluación de proyectos públicos, bajo la modalidad de asociación público-privada se ajustarán a los siguientes principios y lineamientos: 3.1. Sostenibilidad Fiscal. Se deberá considerar la capacidad de pago del Estado para adquirir compromisos financieros, firmes o contingentes, que se deriven de la ejecución de los contratos celebrados en asociación público-privada, sin comprometer la sostenibilidad de las finanzas públicas ni la prestación regular de los servicios. 3.2. Distribución Adecuada de Riesgos. En toda asociación público-privada se deberá hacer una identificación y valoración de los riesgos y beneficios durante la vigencia del proyecto, los cuales serán asumidos, transferidos o compartidos por la entidad pública delegante y el gestor privado, de conformidad con lo establecido en el contrato. 3.3. Valor por Dinero. Los proyectos públicos ejecutados bajo la modalidad de asociación público-privada deberán obtener el mejor resultado de la relación precio-calidad y obtener las condiciones económicamente más ventajosas para los usuarios finales de la obra, bien o servicio del que se trate. 3.4. Respeto a los Intereses y Derechos de los Usuarios. El Estado y el gestor privado tendrán la obligación de proteger a los usuarios finales y brindarles información clara y suficiente sobre sus derechos, así como atender y resolver sus reclamos de manera oportuna. 3.5. De los Derechos de Propiedad. El proyecto público y el contrato de gestión delegada deberán garantizar los derechos de propiedad para las partes, por el plazo de ejecución que conste en el mismo. 3.6. Cobertura e Inclusión Social. En el diseño y ejecución de los proyectos públicos no se podrán excluir áreas geográficas, grupos sociales y pueblos y nacionalidades que requieran el bien, obra o servicio que genere el proyecto. Estos proyectos deberán procurar la utilización del componente nacional, transferencia de*

Considerando que los proyectos de Participación Público Privada buscan que exista una inversión distinta a la del Estado para que los recursos estatales puedan ser usados en otras necesidades, se requiere que exista el primer análisis, en el que, se deberá demostrar que el proyecto no implicará mayores gastos a los previstos y en caso de existir la necesidad de que el Estado deba actuar económicamente, pueda contar con los recursos indispensables para ello, sin que esto afecte el normal desenvolvimiento de sus actividades.

Sobre la distribución de riesgos hablaremos más adelante, pero la metodología “Valor por Dinero” es muy usada en la región para determinar que el servicio a ser prestado se realice en las mejores condiciones en relación a su costo, es decir, económicamente. La propuesta de alianza público-privada debe maximizar el beneficio social con relación a su costo; dicho de otra manera: una relación costo-beneficio. Esta metodología se encuentra estrechamente relacionada con el “Respeto a los Intereses y Derechos de los Usuarios” por cuanto, para realizar el proyecto, debe mantener satisfechos a los usuarios finales del servicio.

Conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, su Reglamento General, el Reglamento para el Funcionamiento del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas y de su Secretaría Técnica, la Resolución No. 001-2016 del entonces Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad (cuyas facultades actualmente son ejercidas por el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca), la Resolución General para la Presentación y Aprobación de Proyectos bajo la Modalidad de Asociación Público-Privada, y la Guía Metodológica correspondiente, los proyectos que aspiren a beneficiarse de los incentivos previstos en dicho régimen normativo deben cumplir, en términos generales, con el siguiente procedimiento estructurado:

1. el proyecto debe identificar con claridad los objetivos que justifican su implementación, y formular indicadores cuantificables que permitan evaluar su eficiencia, efectividad, calidad, cobertura, satisfac-

tecnología y la contratación de talento humano nacional. La rentabilidad del proyecto público deberá ser calculada de manera agregada contemplando incluso la posibilidad de que excepcionalmente existan subvenciones del Estado, garantice la cobertura y la inclusión social de la población vulnerable.”

ción del usuario y uso eficiente del presupuesto público. Asimismo, se requiere que incorpore elementos de desarrollo y transferencia tecnológica como parte de la propuesta de valor. A modo ilustrativo, en el proceso de estructuración del proyecto de concesión de la Autopista Santo Domingo – Esmeraldas, se estableció que el riesgo asociado a la innovación debía ser asumido por la sociedad gestora del proyecto.

2. la propuesta debe contener un análisis técnico que justifique la existencia de una brecha entre la oferta actual de servicios públicos y la demanda proyectada. Este estudio permite validar la pertinencia del proyecto desde una perspectiva de política pública y garantiza su alineación con las prioridades del Plan Nacional de Desarrollo y los planes sectoriales.

3. dado que el gestor privado realiza una inversión inicial significativa, el proyecto debe prever una forma de retribución o remuneración por los servicios prestados o por la disponibilidad del activo. Las modalidades de pago pueden incluir, de manera combinada o individual, esquemas como:

- a. pago por uso (ej. peajes o tarifas directas al usuario);
- b. pago por disponibilidad (remuneración por mantener el activo operativo conforme a niveles de servicio);
- c. pago por inversión (reconocimiento progresivo del monto invertido)
- d. otros mecanismos contractuales acordados.

La normativa permite la combinación flexible de estos esquemas de contraprestación, en función del tipo de proyecto, del nivel de riesgo asumido por el privado, y de las condiciones fiscales y sociales del entorno de implementación.

6.1 Análisis de viabilidad.

El pilar fundamental para la estructuración de los proyectos y los procedimientos de concesión no se limita al diseño físico o funcional de la obra, sino que descansa en una serie de conceptos técnicos integrados que permiten evaluar su viabilidad y sostenibilidad. Entre ellos destacan: (1) el enfoque DBOT (*Design, Build, Operate and Transfer*) y la evaluación integral de la viabilidad del

proyecto, (2) la estructura económica y financiera, (3) la estructura técnica, y (4) la estructura legal e institucional. Estos componentes interactúan de forma coordinada para asegurar que el proyecto sea no solo atractivo para el inversionista privado, sino también compatible con el interés público, financieramente sostenible, jurídicamente válido y técnicamente ejecutable.

6.1.1 Modelos de estructuración:

La estructuración de un proyecto de concesión o asociación público-privada (APP) requiere definir el modelo de contratación que regirá la relación entre el Estado y el gestor privado. Esta elección no es meramente formal: tiene implicaciones directas en la distribución de riesgos, la titularidad de los activos, el financiamiento, el régimen de tarifas y la duración del vínculo contractual (Yescombe, 2011).

En términos generales, los modelos de estructuración pueden clasificarse en dos grandes categorías: i) esquemas integrados que delegan varias etapas del proyecto a un solo contratista privado; y ii) mecanismos de selección que permiten al Estado elegir propuestas de origen público o privado mediante procedimientos competitivos, incluyendo las iniciativas privadas. A continuación, se describen los principales modelos empleados a nivel internacional y sus variantes.

6.1.2 El modelo DBOT

El modelo DBOT (Design-Build-Operate-Transfer) constituye una de las formas contractuales más relevantes y frecuentemente adoptadas en el ámbito de las concesiones de infraestructura pública, tanto en América Latina como a nivel global. Se trata de un esquema integral que involucra al gestor privado en todas las fases del proyecto: desde su concepción, diseño y ejecución física, hasta la operación del servicio y la eventual reversión del activo al Estado. En este modelo, el concesionario asume la responsabilidad central sobre la infraestructura durante el plazo contractual, incluyendo los riesgos asociados a su desarrollo, mantenimiento y funcionalidad (Yescombe, 2018; Grimsey & Lewis, 2005).

A diferencia de esquemas fragmentados en los que el diseño, la construcción y la operación se asignan a distintos actores, el DBOT concentra todas estas funciones en un único concesionario. Esta integración permite alinear los incentivos de eficiencia en el uso de recursos y calidad en el servicio, favoreciendo soluciones innovadoras y sostenibles. Asimismo, reduce los costos de transacción y minimiza los conflictos contractuales entre fases del proyecto (Asian Development Bank [ADB], 2008).

Los componentes esenciales del modelo DBOT pueden describirse de la siguiente manera:

1. Design (diseño): corresponde a la etapa de planificación técnica y elaboración del diseño detallado de la obra, que debe cumplir con los requisitos funcionales, regulatorios y de sostenibilidad definidos por la entidad contratante. Este diseño incluye estudios de factibilidad técnica, ambiental, financiera y social.
2. Build (construcción): en esta fase, el concesionario ejecuta la obra física conforme al diseño aprobado y a los cronogramas estipulados en el contrato. El riesgo de construcción, incluyendo sobrecostos, retrasos y defectos de obra, recae directamente sobre el privado.
3. Operate (operación): una vez finalizada la construcción, el operador privado asume la gestión integral de la infraestructura. Esto implica operar el servicio conforme a los estándares de calidad establecidos, realizar el mantenimiento preventivo y correctivo, y cumplir con indicadores clave de desempeño (Key Performance Indicators – KPI), durante todo el período de operación.
4. Transfer (transferencia): al concluir el plazo contractual, la infraestructura debe ser entregada a la entidad pública en condiciones operativas óptimas, libre de cargas, y acompañada de los manuales técnicos, registros de mantenimiento y cualquier otro documento necesario para su administración posterior. Este proceso garantiza la continuidad del servicio y la conservación del patrimonio público.

El modelo DBOT ha sido promovido por instituciones multilaterales como el Banco Mundial, la CAF y el BID, por su potencial para movilizar inversión privada, transferir riesgos clave y acelerar la ejecución de proyectos estratégicos

de infraestructura, sin comprometer la titularidad pública de los activos (CAF, 2018; BID, 2017). No obstante, su implementación requiere una fuerte capacidad institucional por parte del Estado para estructurar contratos robustos, supervisar el cumplimiento técnico y financiero, y garantizar la protección del interés público durante todas las etapas del ciclo contractual.

En el contexto de las asociaciones público-privadas (APP), la estructura contractual seleccionada constituye un elemento central para definir la asignación de responsabilidades entre las partes, la distribución de riesgos, la sostenibilidad financiera del proyecto y el nivel de control que conserva el Estado. Esta decisión influye directamente en la calidad de la infraestructura, la eficiencia operativa del servicio y la protección del interés público. Entre los modelos contractuales más utilizados a nivel internacional se encuentran el DBOT (Design-Build-Operate-Transfer), el BOT (Build-Operate-Transfer) y el OT (Operate-Transfer). Cada uno de estos esquemas responde a distintos niveles de madurez del proyecto, capacidades institucionales y objetivos de política pública (Yescombe, 2018; Grimsey y Lewis, 2005).

El modelo DBOT implica que el concesionario privado asume de forma integral la responsabilidad sobre el diseño técnico, la construcción, la operación y el mantenimiento del activo público. Una vez finalizado el contrato, el bien es transferido al Estado en condiciones operativas adecuadas. Este modelo permite alinear los incentivos desde la etapa de diseño, reducir los costos de transacción derivados de la fragmentación de responsabilidades, y garantizar estándares de calidad durante toda la vida útil del proyecto. Sin embargo, requiere una elevada capacidad técnica y financiera del operador privado, así como una supervisión rigurosa por parte del Estado (Banco Asiático de Desarrollo, 2008).

En contraste, el modelo BOT se utiliza cuando el diseño ya ha sido elaborado por el sector público o por un tercero contratado, y el privado solo ejecuta la construcción y la posterior operación del proyecto. Este modelo es útil en situaciones en que el Estado desea acelerar la implementación de obras que ya cuentan con estudios avanzados. No obstante, al separar el diseño de la operación, se reduce la posibilidad de optimización técnica y se incrementa el riesgo de incompatibilidades funcionales entre etapas (Grimsey y Lewis, 2005).

Por su parte, el modelo OT contempla únicamente la operación y el mantenimiento del activo por parte del concesionario, sin que este intervenga en el diseño ni en la construcción de la infraestructura. Es apropiado para proyectos que buscan mejorar la eficiencia operativa de activos ya existentes, especialmente cuando el Estado no dispone de las capacidades técnicas o financieras para hacerlo por cuenta propia. Sin embargo, su potencial de innovación tecnológica es limitado, y los incentivos para el concesionario pueden ser bajos si no existen mecanismos de pago adecuados vinculados al desempeño (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2012).

La elección entre estos modelos debe realizarse a partir de un análisis multidimensional que considere el nivel de madurez del proyecto, la capacidad de gestión del ente contratante, la asignación de riesgos y los objetivos de política sectorial. No existe un modelo superior en términos absolutos, sino esquemas contractuales que deben adaptarse estratégicamente a las particularidades de cada contexto. La experiencia internacional demuestra que el éxito de estos contratos depende no solo de su estructura jurídica, sino también del entorno institucional que los acompaña, de la transparencia del proceso de adjudicación y del monitoreo técnico durante su ejecución (Yescombe, 2018; Banco Asiático de Desarrollo, 2008; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2012).

La elección entre DBOT, BOT y OT debe realizarse considerando las capacidades institucionales del Estado, el tipo de infraestructura, los objetivos de política pública, y el perfil de riesgos del proyecto. Mientras que el modelo DBOT permite al privado aportar soluciones integrales desde el inicio, el BOT puede ser más adecuado para proyectos con diseño ya avanzado, y el OT resulta útil en procesos de reconversión o mejora operativa de activos existentes.

No existe un modelo “mejor” en términos absolutos, sino esquemas contractuales que deben adaptarse estratégicamente al contexto normativo, financiero y técnico de cada país y proyecto.

En el contexto ecuatoriano, el modelo DBOT ha sido aplicado de manera selectiva en sectores estratégicos como infraestructura aeroportuaria y servicios de agua potable y saneamiento, constituyéndose en una herramienta relevante

para impulsar el desarrollo de proyectos complejos bajo esquemas de colaboración público-privada. Aunque su utilización aún no es generalizada, su implementación ha permitido evidenciar resultados significativos en términos de eficiencia operativa, modernización de servicios y atracción de inversión privada.

Uno de los casos más emblemáticos es el del Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre de Quito, cuya concesión fue adjudicada mediante un contrato DBOT a la Corporación Quiport S.A. El contrato contempló el diseño, financiamiento, construcción y operación del nuevo aeropuerto ubicado en Tababela, así como su eventual reversión al Estado al finalizar el período concesional. Este proyecto no solo permitió cerrar el antiguo aeropuerto ubicado en el centro urbano de Quito, sino también dotar a la capital ecuatoriana de una infraestructura moderna, alineada con estándares internacionales de seguridad, capacidad y sostenibilidad (Quiport, 2020; CAF, 2018).

En el sector de agua potable y saneamiento, varios municipios y gobiernos autónomos descentralizados han recurrido al modelo DBOT para enfrentar limitaciones presupuestarias y técnicas, especialmente en zonas con infraestructura deficiente o inexistente. Bajo estos esquemas, operadores privados asumen el diseño y construcción de plantas de tratamiento y redes de distribución, así como la operación y mantenimiento de los sistemas, incluyendo cláusulas de transferencia al término del contrato. Esta modalidad ha permitido ampliar la cobertura, mejorar la eficiencia energética, incorporar soluciones tecnológicas, y garantizar un mejor acceso a servicios básicos (Banco Interamericano de Desarrollo [BID], 2017).

A pesar de los avances normativos e institucionales, el uso del modelo DBOT en el Ecuador enfrenta importantes desafíos estructurales, tales como:

1. la limitada capacidad técnica e institucional de muchas entidades delegantes para estructurar, supervisar y renegociar contratos de largo plazo.
2. la ausencia de una estrategia nacional articulada que priorice proyectos estratégicos de forma transparente y coordinada con el sector privado.

3. la necesidad de fortalecer los mecanismos de control, fiscalización y rendición de cuentas, a fin de evitar asimetrías de información y garantizar el cumplimiento de los estándares contractuales.
4. las persistentes tensiones político-institucionales, que generen incertidumbre jurídica y reducen el apetito de los inversionistas ante posibles riesgos regulatorios o financieros.

6.1.3 Swiss Challenge

Una de las formas más innovadoras de estructuración contractual en los proyectos de concesión y asociaciones público-privadas (APP) es el modelo conocido como Swiss Challenge, que se basa en la presentación de propuestas no solicitadas (*Unsolicited Proposals*, USP). Este mecanismo permite al sector privado participar activamente en la identificación de oportunidades de inversión y en el diseño preliminar de proyectos, incluso antes de que el Estado los haya priorizado o estructurado formalmente.

Estas propuestas pueden incluir estudios de prefactibilidad, anteproyectos técnicos, modelos financieros, análisis de riesgos, e incluso borradores contractuales. El objetivo es permitir que ideas innovadoras y técnicamente viables puedan ser canalizadas hacia la acción estatal, sin necesidad de una convocatoria previa por parte del gobierno (Delmon, 2017; World Bank, 2018).

En términos generales, el Swiss Challenge opera bajo la siguiente lógica:

1. *presentación inicial*: una empresa privada presenta al Estado una propuesta de proyecto que considera técnica, financiera y legalmente viable, acompañada de la documentación preliminar pertinente.
2. *evaluación técnica y declaratoria de interés*: la autoridad pública evalúa la propuesta y, si cumple con los criterios de interés general, sostenibilidad y legalidad, la declara de interés y decide avanzar con el proceso.
3. *licitación pública*: se convoca un proceso competitivo abierto, invitando a terceros a mejorar o competir con la propuesta inicial. Esta licitación debe garantizar igualdad de condiciones y acceso a la misma información utilizada por el proponente original.

4. *derecho de igualdad (Right to Match)*: si un tercero presenta una mejor oferta, el proponente inicial tiene derecho a igualarla. Si lo hace, se le adjudica el contrato. En caso contrario, el contrato se adjudica al nuevo oferente.

5. *adjudicación y firma del contrato*: finalizado el proceso competitivo, se procede a la adjudicación y suscripción del contrato de concesión o APP.

Este sistema intenta equilibrar la eficiencia innovadora del sector privado con la transparencia y la competencia propias del interés público, evitando adjudicaciones directas sin control. Se ha implementado —con variantes normativas— en países como India, Filipinas, Italia, Corea del Sur, Colombia y Perú. En América Latina, Colombia lo incorporó en su Ley 1508 de 2012, mientras que Perú lo adoptó a través del Decreto Legislativo 1362 sobre APP y proyectos en activos, permitiendo iniciativas privadas autofinanciadas en sectores estratégicos, aunque sujetas a condiciones específicas para garantizar la competencia (Agencia Nacional de Infraestructura, 2020; MEF Perú, 2022).

En contextos donde el Estado carece de capacidad técnica o recursos para estructurar proyectos de alto impacto, el Swiss Challenge puede ser una herramienta eficaz para atraer inversión privada, reducir tiempos de estructuración y fomentar la innovación en sectores estratégicos. Además, introduce competencia controlada, lo que le permite al Estado obtener mejores condiciones sin iniciar el proyecto desde cero (PPP Knowledge Lab, 2020).

No obstante, su implementación exige criterios jurídicos rigurosos y mecanismos de control ex ante y ex post. La normativa debe establecer de forma clara los pasos de admisión, los plazos de evaluación, los criterios técnicos objetivos y los derechos del proponente inicial. De no hacerlo, pueden generarse riesgos graves:

1. discrecionalidad administrativa;
2. corrupción y favoritismo;
3. asimetría de información;
4. barreras artificiales a la competencia mediante requisitos diseñados a medida del proponente inicial.

Por esta razón, instituciones como el Banco Mundial, la OCDE y la CAF recomiendan que este mecanismo sea utilizado únicamente bajo marcos normativos robustos, con transparencia, trazabilidad documental, control ciudadano y capacidades técnicas estatales suficientes (Delmon, 2021; World Bank, 2018; OECD, 2020).

6.14 Empresas mixtas y joint ventures

En sectores estratégicos o de alta sensibilidad política, los Estados suelen optar por mecanismos que les permitan mantener control sobre los activos y la toma de decisiones, sin renunciar a la eficiencia, la innovación o la capacidad financiera del sector privado. Uno de estos mecanismos es la constitución de empresas mixtas o joint ventures público-privadas, en las que coexisten tanto capital público como privado, con distintas formas de gobernanza compartida.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 316, establece que el Estado podrá delegar de manera excepcional la gestión de sectores estratégicos, ya sea a empresas públicas, empresas mixtas con mayoría estatal, o, de forma excepcional, al sector privado o a la economía popular y solidaria. Este modelo busca asegurar que, incluso en esquemas de cooperación con el capital privado, la mayoría del control y la capacidad de decisión permanezcan en manos del Estado, preservando el interés público, la soberanía sobre los recursos naturales y la responsabilidad estatal sobre bienes esenciales.

El marco legal ecuatoriano permite a las entidades públicas conformar sociedades de economía mixta bajo diversas formas jurídicas, como sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, conforme a la Ley de Compañías y otras disposiciones específicas. Estos vehículos pueden ser utilizados para ejecutar proyectos de infraestructura, prestación de servicios públicos, exploración y explotación de recursos naturales, entre otros.

Una empresa mixta es, en términos generales, una entidad jurídica con participación accionaria estatal y privada, en la que ambas partes comparten los beneficios, riesgos, decisiones estratégicas y responsabilidades de gestión del proyecto. La proporción de participación y el modelo de gobierno corporativo deben estar claramente definidos en el estatuto social y en los instrumentos constitutivos, incluyendo aspectos como:

1. la designación de directores y gerentes;
2. la toma de decisiones estratégicas (quórum y mayorías);
3. los derechos de voto y vetos;
4. las reglas de distribución de utilidades;
5. la política de aportes de capital y responsabilidades financieras;
6. los mecanismos de solución de controversias internas.

En contextos de alta complejidad —como minería, energía, telecomunicaciones o transporte— las empresas mixtas permiten crear sinergias entre el conocimiento técnico del sector privado y la visión estratégica del Estado. Asimismo, pueden facilitar el acceso a financiamiento internacional, pues las instituciones multilaterales suelen reconocer la gobernanza público-privada como una herramienta eficaz para reducir riesgos y generar confianza (CAF, 2017; World Bank, 2018).

A diferencia de una concesión tradicional, en la que el Estado delega la gestión a un operador privado conservando la titularidad del activo, en las empresas mixtas existe una unidad de gestión compartida. Esto significa que la responsabilidad de operación, mantenimiento, financiamiento y explotación se ejerce conjuntamente, dentro de una estructura societaria. Esta modalidad permite una mayor flexibilidad en la definición del proyecto, el control de riesgos y la reinversión de beneficios, aunque también exige altos estándares de transparencia, controles internos y mecanismos de rendición de cuentas.

El diseño e implementación de joint ventures público-privadas requiere enfrentar algunos desafíos institucionales:

1. la definición clara de los límites entre lo público y lo privado, especialmente en la toma de decisiones;
2. la prevención de conflictos de interés entre los representantes públicos y los objetivos comerciales de la empresa;
3. la necesidad de marcos contractuales sólidos para proteger la inversión pública ante eventuales incumplimientos del socio privado;

4. la dificultad de mantener mecanismos eficaces de control estatal sin burocratizar la operación.

Por ello, la CAF y la OCDE recomiendan adoptar gobiernos corporativos robustos, reglas claras sobre transparencia, auditoría y rendición de cuentas, y estructuras contractuales que definan mecanismos ágiles para resolver disputas, reestructuraciones o salidas de socios (CAF, 2017; OECD, 2020).

6.1.5 Modelos con anteproyecto estatal

En contraste con los esquemas que permiten iniciativas privadas o propuestas no solicitadas, existe una modalidad ampliamente utilizada en América Latina y otros sistemas de derecho público, en la cual es el Estado quien lidera la estructuración inicial del proyecto. En estos casos, la administración pública elabora los estudios de factibilidad, define el alcance técnico, determina las condiciones económicas mínimas y establece los parámetros de operación y mantenimiento. Este modelo se conoce comúnmente como concesión con anteproyecto estatal, o también como modelo público de estructuración.

Bajo este enfoque, el Estado no solo identifica la necesidad del proyecto, sino que también realiza los estudios de prefactibilidad y factibilidad técnica, económica, financiera, ambiental y legal, ya sea directamente o a través de consultores contratados. Una vez que el proyecto está completamente definido, se publica una licitación para seleccionar al concesionario que ejecutará las fases de construcción, financiamiento (en algunos casos), operación y mantenimiento.

La competencia entre oferentes no se da sobre el diseño del proyecto —pues este ya ha sido fijado por el Estado— sino sobre variables económicas y de desempeño, tales como:

1. el canon ofrecido al Estado o el menor subsidio requerido;
2. el nivel de servicio propuesto (disponibilidad, tiempos de respuesta, mantenimiento);
3. el plazo de la concesión;
4. la incorporación de mejoras tecnológicas o de eficiencia operativa.

Este modelo es particularmente útil cuando el Estado desea conservar el control del diseño, la planificación territorial o los estándares técnicos, o cuando existen objetivos de política pública que deben ser protegidos de la lógica estrictamente comercial del sector privado.

Este modelo ha sido especialmente relevante en países como Chile y Colombia, donde los gobiernos centrales —a través de agencias especializadas— han liderado la estructuración de proyectos de infraestructura vial, portuaria, aeroportuaria, entre otras.

En Chile, el Ministerio de Obras Públicas (MOP), a través de la Dirección General de Concesiones, ha desarrollado una metodología robusta para diseñar proyectos, elaborar las bases y supervisar las obras, dejando a los privados la ejecución conforme a estándares preestablecidos. Esta modalidad ha permitido implementar múltiples concesiones con riesgos acotados para el sector privado y un fuerte control estatal en términos de calidad del servicio (MOP, 2021).

En Colombia, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) ha liderado programas de concesión de cuarta y quinta generación (4G y 5G), en los que el Estado elabora los estudios técnicos preliminares, incluyendo los modelos financieros y el análisis de riesgos, y posteriormente convoca a licitación para que los privados presenten ofertas económicas y compromisos de desempeño (Agencia Nacional de Infraestructura, 2020).

Este modelo ha demostrado ser eficaz para proyectos en los que el Estado busca garantizar una coherencia técnica y territorial, o cuando se trata de sectores donde el margen de innovación del privado es reducido debido a las estrictas regulaciones (como transporte público urbano, saneamiento o redes viales existentes).

Entre las ventajas de este modelo se encuentran:

1. mayor capacidad del Estado para alinear el proyecto con políticas públicas;
2. control sobre la calidad del diseño, el impacto ambiental y la planificación territorial;

3. facilita el financiamiento multilateral, al tener estudios consistentes y validación estatal previa;
4. mayor seguridad jurídica para los licitantes, al reducir la incertidumbre técnica.

Sin embargo, también presenta limitaciones importantes:

1. alta dependencia de la capacidad técnica del Estado para estructurar buenos proyectos;
2. menor incentivo para la innovación por parte de los concesionarios;
3. posibles desequilibrios económicos si los estudios estatales subestiman costos o sobreestiman ingresos;
4. riesgo de que los pliegos sean demasiado rígidos o desactualizados al momento de la adjudicación.

Por estas razones, organismos multilaterales como el Banco Mundial, la CAF y la OCDE recomiendan que los proyectos estructurados bajo este modelo estén acompañados de procesos de validación independiente de estudios, revisión de riesgos y un sistema eficaz de ajustes posteriores al contrato (World Bank, 2018; OECD, 2020).

6.2 Evaluación de la viabilidad en proyectos de concesión

Antes de que una entidad pública pueda proceder con la delegación de un servicio o infraestructura mediante un contrato de concesión, resulta indispensable realizar un análisis de viabilidad integral, destinado a verificar si el proyecto propuesto es factible en términos técnicos, jurídicos, financieros, sociales y ambientales. Esta evaluación constituye una condición previa y necesaria para la declaratoria de interés público, y se erige como un mecanismo de racionalidad administrativa orientado a asegurar que el modelo de gestión delegada sea adecuado para el caso concreto y genere valor público.

El objetivo del análisis de viabilidad es identificar y valorar los riesgos, costos, beneficios y requerimientos normativos asociados al proyecto, así como comparar diferentes alternativas de ejecución —ya sea bajo modelos de gestión directa, mixta o delegada— con base en criterios objetivos, verificables y ali-

neados con el interés general. De este modo, se evita que la concesión responda exclusivamente a motivaciones coyunturales, políticas o presupuestarias, y se la vincula a un proceso técnico y jurídicamente estructurado, conforme a los principios de legalidad, eficiencia, sostenibilidad y transparencia.

Este análisis debe ser realizado por la entidad competente sobre el bien, obra o servicio objeto del proyecto, y debe contemplar, como mínimo, estudios de viabilidad técnica, legal, económico-financiera y ambiental. Sus resultados constituyen insumos fundamentales para la toma de decisiones públicas, ya que permiten determinar si el proyecto debe avanzar hacia su estructuración bajo un esquema de gestión delegada o, en su defecto, orientarse hacia otras modalidades contractuales o formas de gestión.

La viabilidad de un proyecto de concesión no puede abordarse de forma fragmentada ni unidimensional. Exige un enfoque integral y multidisciplinario, que valore simultáneamente la factibilidad técnica del proyecto, su compatibilidad con el marco normativo vigente y su sostenibilidad económico-financiera en el mediano y largo plazo. Estos tres pilares —técnico, legal y económico— constituyen la base sobre la cual debe construirse la decisión de implementar un proyecto mediante esquemas de participación público-privada.

El análisis técnico permite verificar la factibilidad del proyecto desde el punto de vista ingenieril y operativo, asegurando que existen condiciones físicas, recursos tecnológicos y capacidades suficientes para su ejecución. El análisis legal, por su parte, garantiza que el proyecto se enmarque dentro del ordenamiento jurídico aplicable, respete las competencias institucionales y observe los principios constitucionales en materia de gestión de sectores estratégicos, contratación pública y protección del interés general. Finalmente, el análisis económico-financiero evalúa la conveniencia del proyecto desde la perspectiva de los costos, beneficios, retorno de la inversión y sostenibilidad fiscal, tanto para el Estado como para el gestor privado.

Estos análisis no deben concebirse como ejercicios aislados, sino como componentes interdependientes de una metodología de evaluación integral, cuya articulación debe darse especialmente durante la etapa de formulación del proyecto. En esta fase se define la modalidad de ejecución, se justifica la declara-

toria de interés público y se sientan las bases para su eventual estructuración contractual. A continuación, se examinarán con mayor detalle los elementos que integran este análisis de viabilidad, sus mejores prácticas, riesgos comunes y recomendaciones técnicas, con el propósito de ofrecer un marco metodológico robusto para orientar decisiones públicas responsables y sostenibles en materia de concesiones.

6.2.1 Análisis técnico en proyectos de concesión

El análisis técnico no es solo una herramienta de evaluación ex ante, sino un instrumento estratégico para garantizar la calidad, sostenibilidad y eficiencia del proyecto de concesión durante todo su ciclo de vida. La complejidad técnica de muchos proyectos justifica la necesidad de contar con equipos multidisciplinarios, estándares internacionales y sistemas de gestión de riesgos desde la etapa de planificación. En definitiva, solo mediante un análisis técnico sólido puede garantizarse que la delegación al sector privado aporte valor público, genere confianza institucional y minimice los riesgos de fracaso contractual.

La estructuración de un proyecto de concesión requiere, como condición previa e indispensable, un análisis técnico riguroso que permita validar su factibilidad desde el punto de vista de la ingeniería, la logística, los recursos disponibles y la tecnología a aplicar. Este análisis, lejos de ser una fase secundaria o meramente operativa, constituye un pilar esencial en la toma de decisiones públicas sobre la conveniencia de delegar la gestión de infraestructura o servicios mediante esquemas de participación público-privada (PPP).

En los modelos contemporáneos de concesión, el análisis técnico cumple una función estratégica en la estructuración del proyecto, al determinar la viabilidad física y operativa de su ejecución, así como su capacidad de generar valor público a lo largo del tiempo. A través de este análisis se identifican los requerimientos tecnológicos, se diseñan las características técnicas del bien o servicio objeto de concesión, y se anticipan los posibles desafíos constructivos, ambientales y operativos que podrían comprometer el cumplimiento del contrato (CAF, 2021).

Tal como lo destaca la Guía de Referencia sobre APP del Banco Mundial (2017), la calidad del análisis técnico tiene un impacto directo sobre el atractivo del

proyecto para los inversionistas, sobre su resiliencia frente a contingencias, y sobre la sostenibilidad del servicio a prestar. Por ello, debe ser elaborado de forma exhaustiva, apoyado en estudios de prefactibilidad y factibilidad, y complementado con diagnósticos sectoriales, análisis de demanda, riesgos técnicos y criterios de mantenimiento y operación.

El contenido mínimo que debe abordar un análisis técnico bien estructurado incluye los siguientes elementos:

a. estudios de prefactibilidad y factibilidad técnica: comprenden evaluaciones topográficas, geológicas, hidrológicas, ambientales, urbanísticas y de demanda. Estos estudios establecen si el proyecto es técnica y físicamente viable en el territorio donde se propone implementarlo (CAF, 2021).

b. diseño de ingeniería: en proyectos de infraestructura se requiere, al menos, un anteproyecto que incluya planos, memorias de cálculo, especificaciones técnicas y cronogramas tentativos. Este diseño debe garantizar funcionalidad, seguridad estructural, compatibilidad normativa y adaptabilidad tecnológica (Pérez, 2021).

c. evaluación de alternativas tecnológicas: se debe analizar la pertinencia, disponibilidad, costos y sostenibilidad de las tecnologías propuestas, considerando tanto las condiciones locales como la capacidad del operador privado de implementarlas correctamente (Fernández & Muñoz, 2020).

d. plan de operación y mantenimiento (O&M): todo proyecto técnicamente viable debe contemplar una estrategia de O&M que garantice la continuidad del servicio, su eficiencia a largo plazo y el cumplimiento de estándares de calidad definidos contractualmente (Banco Mundial, 2017).

e. gestión de riesgos técnicos: la identificación, evaluación y mitigación de riesgos técnicos es clave para evitar fallas durante la ejecución o interrupciones posteriores en la operación. Estos riesgos pueden incluir condiciones adversas del terreno, fallas de diseño, interferencias con servicios existentes o impactos ambientales no previstos (Gómez, 2018).

Las mejores prácticas en este campo, reconocidas por organismos multilaterales y marcos internacionales de estructuración de APP, incluyen:

- a. uso de metodologías avanzadas como el modelado BIM (Building Information Modeling), análisis multicriterio y simulaciones computacionales, que permiten optimizar los diseños y prever fallas potenciales (CAF, 2021).
- b. contratación de consultores especializados, con experiencia comprobada en proyectos similares, tanto del sector público como del privado.
- c. validación independiente de los estudios técnicos, a través de revisores externos o auditorías técnicas, especialmente en proyectos de gran escala o alto impacto.
- d. estándares internacionales de desempeño, adoptando criterios de eficiencia energética, sostenibilidad ambiental, resiliencia climática y accesibilidad universal (OCDE, 2020).

Una deficiente estructuración técnica puede comprometer seriamente la ejecución y operación del proyecto. Entre los errores y omisiones más frecuentes se encuentran:

- a. la subestimación de la complejidad técnica, lo que conduce a diseños insuficientes, cronogramas irreales o presupuestos subvalorados;
- b. la selección de tecnologías inadecuadas, obsoletas o incompatibles con la realidad local, que comprometen la funcionalidad y el mantenimiento futuro;
- c. la falta de planificación para el ciclo de vida del activo, lo que genera deterioro prematuro, sobrecostos en operación y riesgo de incumplimiento por parte del concesionario;
- d. la omisión de factores ambientales y sociales críticos, que pueden derivar en conflictos comunitarios, sanciones regulatorias o suspensión de obras (Pérez, 2021; Rodríguez & Salazar, 2019).

En una concesión de infraestructura vial, por ejemplo, el análisis técnico debe contemplar el volumen de tránsito proyectado, el tipo de pavimento adecuado al clima y geología, las soluciones de drenaje, los puentes y pasos elevados necesarios, y los sistemas de señalización. En una concesión de servicios hospitalarios, debe incluir la infraestructura sanitaria, redes eléctricas, climatiza-

ción, compatibilidad de equipos médicos y protocolos de mantenimiento. Sin un análisis técnico robusto, el proyecto se expone a fallos operativos, litigios contractuales o deterioro acelerado del servicio.

6.2.2 Análisis legal en proyectos de concesión

El análisis legal en proyectos de concesión tiene sus raíces en la necesidad de estructurar acuerdos que permitan la colaboración entre el sector público y privado, asegurando la legalidad y protección de los intereses de ambas partes. A lo largo del tiempo, especialmente a partir del siglo XX, el marco normativo ha evolucionado para incluir leyes específicas que regulan las concesiones, como las leyes de contratación pública y las regulaciones sectoriales (Santos, 2005). En la actualidad, el análisis legal se ha convertido en un proceso fundamental que asegura la conformidad con un marco normativo complejo y en constante cambio.

Las mejores prácticas en el análisis legal de concesiones se centran en varios aspectos clave. Es esencial revisar todas las leyes y regulaciones aplicables, incluyendo legislación nacional, regional y local, así como normativas específicas del sector (López, 2017). Asegurar que el proyecto cumple con todas las leyes y regulaciones vigentes es concluyente. Esto incluye permisos, licencias, y autorizaciones necesarias para la ejecución del mismo (Martínez, 2019). Involucrar a expertos legales en el sector de concesiones garantiza que todos los aspectos legales sean abordados adecuadamente, minimizando riesgos legales y asegurando la conformidad (García, 2019). Examinar minuciosamente los contratos y sus cláusulas para asegurar que están alineados con las normativas y protegen adecuadamente los intereses de todas las partes involucradas es también fundamental (Fernández, 2020).

Para el desarrollo de un marco contractual sólido es esencial asegurar la claridad y la protección legal. Esto incluye la redacción de cláusulas específicas para la resolución de disputas y la terminación del contrato (Rodríguez, 2018). Implementar sistemas de monitoreo y auditoría para asegurar el cumplimiento continuo con las normativas durante toda la vida del proyecto es decisivo (Gómez, 2020). Además, en proyectos de gran escala o con financiamiento internacional, es importante considerar también las regulaciones y estándares internacionales que puedan ser aplicables (Santos, 2005).

Ignorar cambios regulatorios puede llevar a incumplimientos y sanciones legales. Es indispensable estar al tanto de las modificaciones legislativas y regulativas (López, 2017). No identificar y mitigar adecuadamente los riesgos jurídicos puede resultar en litigios costosos y retrasos en el proyecto (Martínez, 2019). Además, no contar con asesoría legal especializada en concesiones puede resultar en contratos mal redactados y falta de protección jurídica adecuada para el contratante y el concesionario (García, 2019).

“Un análisis legal exhaustivo es esencial para identificar posibles riesgos jurídicos y garantizar que el proyecto se alinea con las leyes y políticas públicas” (García, 2019). Por ejemplo, en la concesión de un aeropuerto, el análisis legal incluiría la revisión de normativas aeronáuticas, permisos ambientales y regulaciones laborales para asegurar que todos los aspectos del proyecto cumplen con las leyes aplicables.

El análisis legal es una etapa crítica en la evaluación de proyectos de concesión. A través de la implementación de mejores prácticas y la atención a recomendaciones específicas, se puede asegurar que los proyectos sean conformes con las normativas y se minimicen los riesgos legales. La identificación y mitigación de contraindicaciones son esenciales para evitar riesgos y asegurar el éxito del proyecto.

En el análisis legal de proyectos de concesión, la base principal es determinar si la Constitución y las leyes nacionales permiten la realización de concesiones. En Ecuador, la legislación pertinente para los contratos de concesión se encuentra en la Ley Orgánica de Participación Público-Privada (Ley de APP) y en la Constitución de la República del Ecuador de 2008. La Constitución establece los principios generales que deben guiar la participación del sector privado en la provisión de bienes y servicios públicos, mientras que la Ley de APP regula específicamente el marco jurídico para las concesiones (Constitución de la República del Ecuador, 2008; Ley Orgánica de Participación Público-Privada, 2015).

La Constitución de 2008 establece que el Estado puede asociarse con el sector privado para mejorar la infraestructura y los servicios públicos, bajo principios de eficiencia, transparencia, y justicia social (Art. 290). En este contexto, la Ley de APP desarrolla un marco normativo detallado que define cómo se deben

estructurar los contratos de concesión, estableciendo procedimientos, requisitos, y derechos tanto para el Estado como para los concesionarios (Ley Orgánica de Participación Público-Privada, 2015).

El análisis técnico es un componente crítico en la evaluación de proyectos de concesión. A través de la implementación de mejores prácticas y la atención a recomendaciones específicas, se puede asegurar que los proyectos sean técnicamente viables y sostenibles. La identificación y mitigación de contraindicaciones son esenciales para evitar dificultades y asegurar el éxito del proyecto. “El análisis técnico debe asegurar que el proyecto es factible desde el punto de vista ingenieril y que los recursos tecnológicos están disponibles y son adecuados para su ejecución” (Pérez, 2021).

En el análisis legal de proyectos de concesión, es fundamental seguir ciertas mejores prácticas para asegurar que el proyecto cumpla con el marco normativo y evitar posibles conflictos legales. Una práctica recomendada es realizar una revisión exhaustiva del marco normativo, que incluye la Constitución, la Ley de APP y cualquier normativa sectorial relevante. Esta revisión debe identificar todos los requisitos legales que deben cumplirse y asegurar que el proceso de concesión sea conforme a la ley (García, 2019).

Otra práctica importante es la consulta con expertos jurídicos, quienes pueden proporcionar una interpretación detallada de las normas y garantizar que todos los aspectos del contrato estén en alineación con la legislación vigente. Es aconsejable que los expertos revisen el contrato de concesión y asesoren sobre posibles riesgos jurídicos y medidas de mitigación (Gómez, 2020).

La documentación y transparencia en el proceso de concesión también son prácticas esenciales. Mantener una documentación completa y transparente del proceso garantiza que el contrato se realice de acuerdo con los principios de legalidad y evita conflictos de interés (Romero, 2018).

Para asegurar que un proyecto de concesión cumpla con el marco legal, se recomienda realizar una revisión exhaustiva de la legislación aplicable. Este proceso debe incluir el análisis de la Constitución, la Ley de APP y cualquier normativa adicional que pueda afectar el proyecto. Además, es recomendable consultar

con abogados especializados en derecho administrativo y contratación pública para interpretar correctamente las normas y evitar problemas legales (Pérez, 2019).

Es fundamental también garantizar la transparencia en cada etapa del proceso de concesión, desde la convocatoria hasta la adjudicación del contrato. Esto incluye la publicación de todos los documentos relevantes y la realización de audiencias públicas para asegurar la participación de todos los interesados (Mármol, 2021).

Entre las principales contraindicaciones en el análisis legal de proyectos de concesión, destaca la omisión en la revisión del marco normativo, lo que puede resultar en la invalidez del contrato o en sanciones legales. Además, la falta de transparencia en el proceso de concesión puede llevar a sospechas de corrupción y afectar la legitimidad del contrato (Serrano, 2015).

Otra contraindicación es el desconocimiento de la jurisprudencia relevante, lo cual puede llevar a errores en la interpretación de las normas. Es vital considerar las decisiones judiciales que hayan establecido precedentes en materia de concesiones (García, 2019).

El análisis legal en proyectos de concesión es una etapa esencial que asegura que el proyecto cumpla con el marco normativo establecido por la Constitución y las leyes nacionales. Una revisión exhaustiva de la legislación, la consulta con expertos jurídicos, y la garantía de transparencia son prácticas clave para evitar problemas legales y asegurar la viabilidad del proyecto. “Un análisis legal exhaustivo es esencial para identificar posibles riesgos jurídicos y garantizar que el proyecto se alinea con las leyes y políticas públicas” (García, 2019).

El análisis técnico es el primer paso en la evaluación de un proyecto de concesión y tiene sus orígenes en la necesidad de asegurar la viabilidad técnica de los proyectos de infraestructura y servicios públicos. Históricamente, este análisis ha sido fundamental para determinar la capacidad técnica y operativa de un proyecto antes de su ejecución. A lo largo del tiempo, la metodología del análisis técnico ha evolucionado, integrando tecnologías avanzadas y enfoques más sofisticados en ingeniería y logística (Pérez, 2021).

El análisis técnico constituye un pilar fundamental en la estructuración de proyectos de infraestructura y asociaciones público-privadas (APP), ya que determina la viabilidad ingenieril del proyecto, la adecuación de los recursos tecnológicos y la eficacia de su implementación. Las mejores prácticas internacionales recomiendan que dicho análisis se fundamente en estudios exhaustivos de factibilidad técnica, que consideren no solo los aspectos estructurales y tecnológicos, sino también la logística y el entorno operativo del proyecto (López, 2019).

Una de las recomendaciones más relevantes es la elaboración de estudios de factibilidad integralmente desarrollados, que evalúen con rigor todos los elementos técnicos del proyecto. Estos estudios deben incluir modelos de simulación, pruebas de funcionamiento, análisis de interoperabilidad de sistemas y validación de especificaciones técnicas. Además, deben contemplar aspectos como la ubicación del proyecto, la calidad de los materiales disponibles, las condiciones climáticas, el acceso a insumos críticos y la compatibilidad con normativas técnicas y ambientales. La participación de equipos interdisciplinarios, conformados por ingenieros especializados, técnicos de campo y consultores externos, es indispensable para garantizar la calidad de este análisis (Martínez, 2020).

Otra recomendación clave es la incorporación de tecnologías emergentes y metodologías innovadoras en las fases de diseño, construcción y operación del proyecto. La adopción de enfoques como Building Information Modeling (BIM), el uso de sensores inteligentes, automatización de procesos constructivos o herramientas de análisis predictivo basadas en datos puede aumentar la eficiencia, reducir los tiempos de ejecución, minimizar los costos y anticipar fallas operativas. Esta visión de innovación debe integrarse desde las primeras etapas del diseño para generar un proyecto resiliente, adaptable y sostenible en el tiempo (Gómez, 2018).

Asimismo, el análisis técnico debe incorporar un plan de gestión de riesgos específicos que identifique las vulnerabilidades técnicas del proyecto, proponga medidas de mitigación y establezca protocolos para su monitoreo continuo. Este plan debe incluir análisis de sensibilidad, evaluación de escenarios adversos, y una planificación robusta de contingencias técnicas que permita anticipar y resolver desafíos durante la ejecución del proyecto.

No obstante, el análisis técnico también debe advertir contraindicaciones y errores recurrentes. Entre los más comunes se encuentra la subestimación de la complejidad técnica, lo que puede derivar en fallas de diseño, sobrecostos y retrasos significativos. Otra deficiencia frecuente es la inadecuada planificación logística, especialmente en proyectos que requieren el transporte de maquinaria pesada, acceso a zonas remotas o coordinación con múltiples contratistas. Estos errores suelen reflejar la ausencia de una visión sistémica del proyecto y una planificación poco realista (Rodríguez, 2017).

6.2.3 Análisis económico en proyectos de concesión

Identificar el punto de quiebre es un componente esencial del análisis económico en proyectos de concesión. Realizar un análisis de sensibilidad exhaustivo permite evaluar cómo variaciones en los supuestos económicos pueden afectar la viabilidad del proyecto y desarrollar estrategias para mitigar estos riesgos. De esta manera, se asegura que los proyectos de concesión sean financieramente sostenibles y beneficiosos para todas las partes involucradas. “Para evitar esta situación, es importante realizar un análisis de sensibilidad que evalúe cómo cambios en los supuestos económicos, como fluctuaciones en la demanda de los servicios o incrementos en los costos de operación, pueden afectar la viabilidad del proyecto” (López, 2017).

El análisis económico es un componente crítico en la evaluación de proyectos de concesión. A través de la implementación de mejores prácticas y la atención a recomendaciones específicas, se puede asegurar que los proyectos sean financieramente viables y sostenibles. La identificación y mitigación de contraindicaciones son esenciales para evitar problemas y asegurar el éxito. “El análisis económico debe demostrar que el proyecto es financieramente viable y que los beneficios superarán los costos, asegurando un retorno de inversión aceptable para todas las partes involucradas” (Fernández, 2020).

El análisis económico es fundamental en la evaluación de proyectos de concesión, ya que determina la viabilidad financiera del proyecto y su capacidad para generar un retorno de inversión adecuado. Históricamente, este análisis ha sido una herramienta clave para justificar inversiones en infraestructura y servicios públicos, proporcionando una base sólida para la toma de decisiones (Fernández, 2020).

Las mejores prácticas en el análisis económico incluyen una estimación precisa de costos y beneficios, un análisis exhaustivo de costo-beneficio y una evaluación detallada de los riesgos económicos. Es esencial considerar todos los costos asociados con el proyecto, incluyendo costos de construcción, operación, mantenimiento y financiamiento. Asimismo, se deben identificar y cuantificar los beneficios esperados, tanto directos como indirectos, para las partes involucradas y la sociedad en general (Gómez, 2018).

El análisis económico-financiero permite determinar su sostenibilidad a lo largo del ciclo de vida contractual. Las mejores prácticas internacionales coinciden en que este análisis debe sustentarse en estudios de viabilidad financiera rigurosos, que integren proyecciones detalladas de ingresos, egresos, flujos de caja y requerimientos de inversión, considerando tanto el escenario base como múltiples escenarios alternativos (Martínez, 2019).

Una primera recomendación clave es la elaboración de proyecciones realistas y verificables de rentabilidad, que incluyan estimaciones de demanda, ingresos tarifarios, costos operativos, necesidades de mantenimiento, costos financieros y tasas de descuento aplicables. Estas estimaciones deben construirse sobre bases estadísticas sólidas y ajustarse periódicamente a lo largo del proceso de estructuración. Asimismo, es indispensable aplicar metodologías de análisis de costo-beneficio social (ACB) que permitan evaluar el valor público del proyecto y compararlo con otras alternativas de inversión, especialmente cuando se contempla el uso de recursos fiscales o la entrega de incentivos al concesionario (López, 2017).

Otra recomendación fundamental es la incorporación de un análisis de sensibilidad y evaluación de riesgos financieros, que permita identificar cómo variaciones en los principales supuestos económicos afectan la viabilidad del proyecto. Este enfoque ofrece una visión sólida sobre los factores críticos que pueden comprometer su rentabilidad, y permite anticipar medidas de mitigación. Por ejemplo, el análisis debe contemplar escenarios de fluctuación en las tasas de interés, en el costo de los insumos, en la demanda proyectada y en los precios regulados, entre otros aspectos (Rodríguez, 2020). Estos análisis permiten diseñar mecanismos contractuales de ajuste, como cláusulas de revisión tarifaria o esquemas de reparto de riesgos.

Uno de los aspectos centrales del análisis económico es la identificación del punto de quiebre financiero, entendido como el momento en que los costos totales del proyecto —incluidos los incentivos públicos— superan sus beneficios esperados. Este punto constituye un criterio decisivo para determinar la conveniencia de una concesión desde la perspectiva del Estado. En efecto, si la demanda real del servicio concesionado resulta inferior a la proyectada, o si los costos de operación aumentan debido a factores externos —como inflación de insumos o alza en la mano de obra—, el proyecto puede volverse financieramente inviable. En tales casos, el análisis de sensibilidad debe orientar la toma de decisiones y la estructura contractual, mediante la introducción de mecanismos de eficiencia operativa o límites al compromiso fiscal (Gómez, 2018).

Asimismo, es imprescindible cuantificar con precisión los incentivos económicos ofrecidos al concesionario, como subsidios, exenciones tributarias, garantías de ingreso mínimo o garantías de pago por disponibilidad. Aunque estos incentivos pueden ser necesarios para viabilizar financieramente un proyecto desde la perspectiva privada, también representan un costo de oportunidad para el Estado. Si no se evalúa su impacto acumulado, existe el riesgo de que el proyecto represente una pérdida neta de recursos públicos. Por tanto, debe incluirse en el análisis una estimación del valor presente de estos incentivos y su impacto en el costo-beneficio público del contrato (Martínez, 2019).

Finalmente, el análisis económico debe incorporar una evaluación de riesgos macroeconómicos, incluyendo la inflación, la volatilidad de las tasas de interés, las variaciones en el tipo de cambio y posibles cambios en la política fiscal o regulatoria. Estos factores, aunque exógenos al proyecto, pueden alterar significativamente su viabilidad. La planificación financiera debe anticipar dichos riesgos mediante mecanismos de cobertura, ajustes periódicos o condiciones de terminación anticipada bien definidas, que protejan al Estado de desequilibrios financieros estructurales (Rodríguez, 2020).

6.3 Formulación del proyecto

El objetivo de esta etapa consiste en que la entidad, ya sea de oficio o por la presentación de una iniciativa privada, diseñe conceptualmente el proyecto y lleve a cabo todas las acciones pertinentes para evaluar su modalidad de ejecución.

La formulación del proyecto terminará con la declaratoria de interés público motivada en análisis de viabilidad técnica, legal, económica-financiera (incluye la comparación del proyecto con y sin incentivos fiscales, la evaluación económica y financiera, a través de indicadores, como la TIR y VAN del proyecto), y ambiental del proyecto. La distinción entre la iniciativa pública y la privada radica en que, en la primera, el diseño del proyecto es responsabilidad del sector público, mientras que en la segunda corresponde al sector privado. En consecuencia, el riesgo asociado al diseño también recae en la parte que lo desarrolla.

El análisis para la declaratoria de interés público se realiza considerando el grado de contribución al cumplimiento de los objetivos planteados por el Estado para la obra, bien o servicio en que se basa el proyecto, el grado de participación y rol del Estado y/o entidad delegante en la prestación del servicio, analizando y comparando el modelo de gestión propuesto.

La presentación de una iniciativa privada en esta etapa no genera, por sí misma, derecho alguno a favor del proponente, ni impone a la entidad pública obligación de continuar con el proceso ni de aceptar dicha propuesta. Tanto la aceptación expresa como el silencio administrativo carecen de efectos vinculantes, pues la viabilidad de la iniciativa depende necesariamente de su declaratoria formal de interés público, conforme lo establece el marco normativo aplicable.

La propuesta deberá tener el siguiente contenido mínimo: 1. Diseño y construcción de una obra: el proyecto propuesto debe contener el diseño, al menos, en el nivel de anteproyecto. 2. Operación y/o la explotación de una obra existente o por construir: el proyecto debe contener, al menos, el plan económico-financiero y los criterios de calidad de los servicios derivados de la operación y/o la explotación de la obra, en caso de haberlos. 3. Conservación y mantenimiento de una obra, instalaciones, equipos o el espacio público: el proyecto debe contener, al menos, los criterios de mantenimiento propuestos.

Es necesario recordar el alcance del proyecto, ya que no todos requerirán la realización de diseños y obras, pues en algunos casos, la obra puede existir, y el gestor privado únicamente requerirá conversar, mantener y explotar el servicio. En este sentido, a continuación, se realiza un desarrollo de la información que debe contener la propuesta, pero el lector debe conocer que no es taxativa y excluyente:

1. Relación y descripción de las obras, infraestructura y servicio que formarían parte del proyecto, con identificación detallada de las etapas del mismo y su cronograma tentativo.
2. Combinación de las etapas de planificación, diseño, construcción, financiamiento, comercialización, operación o mantenimiento, según corresponda.
3. Ubicación geográfica y área de influencia del proyecto que se propone.
4. Inversión presupuestada para el diseño y construcción, así como costos proyectados de operación y mantenimiento.
5. Indicación y detalle de los estudios de prefactibilidad financieros, técnicos, jurídicos y cualquier otro que, de acuerdo con la naturaleza del proyecto, sea necesario para determinar su viabilidad.
6. Estimación de la demanda y su tasa de crecimiento anual durante el período proyectado de duración del proyecto en gestión delegada al sector privado.
7. Evaluación del impacto ambiental del proyecto.
8. Identificación y análisis de los riesgos previsible asociados al proyecto.
9. Especificaciones financieras del proyecto propuesto, con inclusión de la retribución del gestor privado, fuentes de ingresos, niveles tarifarios, plazo y, de ser el caso, los aportes públicos requeridos.
10. Especificaciones técnicas de diseño, construcción, operación y mantenimiento del proyecto propuesto, según corresponda.
11. Especificaciones jurídicas del proyecto propuesto, con indicación de la modalidad de asociación público-privada que se sugiere aplicar.
12. Aspectos regulatorios sectoriales específicos, que se encuentran sometidos a la garantía de estabilidad jurídica.
13. Indicación de los beneficios económicos y sociales del proyecto y explicación de la forma en que se enmarca en los planes nacionales de desarrollo.
14. Valoración de los estudios que se presenta, de conformidad con criterios objetivos y precios de mercado.
15. Distribución adecuada de riesgos entre el gestor privado y la entidad pública.

16. Esquema de obligaciones bilaterales de largo plazo.
17. Indicadores de desempeño, niveles de servicio u otros equivalentes con énfasis en la calidad del servicio a los usuarios, para poder medirlos.
18. Forma de contraprestación al gestor privado (tarifas de los destinatarios, pagos diferidos del sector público, pagos por disponibilidad, combinación de ambas u otras).
19. Régimen de incentivos y beneficios requeridos para el gestor privado.
20. Entre otros.

6.4 El financiamiento

El financiamiento de los proyectos de participación público-privada (PPP) es un aspecto esencial para su ejecución y sostenibilidad, ya que permite movilizar recursos privados hacia la provisión de infraestructura y servicios públicos. Esta dimensión económica no solo define la viabilidad financiera de los proyectos, sino que también condiciona su capacidad de atraer inversionistas y repartir riesgos de forma eficiente entre los actores involucrados (Yescombe, 2017). La historia del financiamiento en proyectos de concesión y PPP es tan antigua como el propio concepto de concesión. Ya en la antigua Roma se otorgaban derechos para la recaudación de impuestos o la explotación de minas, lo que puede considerarse un antecedente de las prácticas actuales. No obstante, el concepto moderno de concesión comenzó a tomar forma en la Edad Media y se consolidó progresivamente con el desarrollo de infraestructuras como canales, puentes y, más adelante, ferrocarriles y servicios públicos, especialmente a partir del siglo XIX (Grimsey & Lewis, 2004; Yescombe, 2017).

Durante el siglo XIX, el auge de las concesiones se apoyó principalmente en financiamiento privado mediante la emisión de bonos y la inversión directa de capital. Un ejemplo emblemático es la concesión para la construcción del Canal de Suez en 1854 (Yescombe, 2017). Sin embargo, las crisis económicas del siglo XX, en particular la Gran Depresión y los efectos de las guerras mundiales, llevaron a muchos gobiernos a nacionalizar infraestructuras clave y a reducir temporalmente el protagonismo del sector privado en el financiamiento (Engel, Fischer & Galetovic, 2014).

Fue en las décadas de 1980 y 1990 cuando las concesiones resurgieron con fuerza, impulsadas por políticas de liberalización y privatización. En este contexto, el modelo de Project Finance se consolidó como un mecanismo central, permitiendo estructurar el financiamiento a través de vehículos de propósito especial (SPV), que separaban financieramente el proyecto de sus patrocinadores (Esty, 2004).

En el siglo XXI, el financiamiento de las PPP ha evolucionado hacia esquemas más sofisticados y diversificados. Hoy en día, incluye deuda bancaria, bonos de proyecto, fondos de infraestructura, capital privado e incluso participación directa o indirecta de gobiernos e instituciones multilaterales, especialmente tras la crisis financiera global de 2008 (Delmon, 2017; Burger & Hawkesworth, 2011). Asimismo, se ha incrementado la participación de fondos de pensiones y aseguradoras, lo cual refleja un interés creciente en activos de infraestructura con retornos estables a largo plazo (OECD, 2015).

Cabe destacar que esta evolución no ha sido uniforme. Los modelos de financiamiento adoptados varían significativamente entre países y regiones, dependiendo de factores como el entorno legal, la estabilidad macroeconómica, el desarrollo del sistema financiero y la experiencia institucional.

Por ello, el financiamiento en las PPP debe analizarse como uno de sus tres pilares fundamentales, junto al análisis jurídico y técnico. La correcta estructuración financiera es la que finalmente determina si un proyecto será atractivo para el sector privado y sostenible para el sector público (Yescombe, 2017). Sin un esquema de financiamiento adecuado, incluso los proyectos mejor diseñados en el papel corren el riesgo de no materializarse.

El financiamiento de proyectos PPP suele realizarse principalmente a través de crédito, complementado con ingresos por tarifas de servicio. Esto se debe a que el financiamiento crediticio suele ser menos costoso que el capital propio (Grimsey & Lewis, 2004). Sin embargo, en Ecuador, el sistema crediticio tiene limitada experiencia en financiamiento de proyectos a largo plazo.

Los contratos de financiamiento, como todos los contratos a largo plazo, contienen inevitablemente cláusulas incompletas, dada la dificultad de prever to-

dos los factores que pueden afectar al proyecto en el futuro (Hart, 2003). Para mitigar estos riesgos, se emplean diversas estrategias como seguros, plazos contractuales extensos y aportaciones estatales (Iossa et al., 2013).

Debido a la extensión temporal de estos contratos, es necesario considerar formas alternativas de financiamiento además del crédito bancario tradicional. Entre las principales opciones se encuentran:

1. Mercado de capitales
2. Participación de capitales externos en la sociedad gestora
3. Cofinanciamiento
4. Financiamiento por organismos multilaterales o bilaterales de crédito
5. Emisión de bonos estatales

El financiamiento de concesiones en Ecuador ha sido más limitado y menos diversificado:

- a. préstamos bancarios: han sido la principal fuente de financiamiento, tanto de bancos locales como internacionales.
- b. financiamiento multilateral: ha jugado un papel importante, especialmente el BID y la CAF, proporcionando préstamos y garantías.
- c. financiamiento estatal: en varios proyectos, el Estado ha proporcionado una parte significativa del financiamiento, especialmente en sectores estratégicos.
- d. mercado de capitales: menos desarrollado que en otros países de la región, aunque ha habido algunas emisiones de bonos corporativos para proyectos de infraestructura (Banco Mundial, 2017).

Es importante notar que, en estos contextos analizados, la estructura de financiamiento suele ser una combinación de estas fuentes, adaptada a las necesidades específicas de cada proyecto y a las condiciones del mercado en el momento de la financiación.

6.4.1 Análisis de los ingresos

Es común que el financiamiento de proyectos de participación público-privada se realice a través de crédito bancario, considerando además los ingresos derivados de las tarifas cobradas por la prestación del servicio (tasa, etc). Este tipo de financiamiento suele ser asumido por instituciones especializadas, dado que la ejecución del proyecto con recursos propios resulta más costosa. Lastimosamente, el sistema crediticio ecuatoriano no tiene gran experiencia en el financiamiento de proyectos a largo plazo.

Las condiciones del financiamiento, al igual que todos los contratos, contienen cláusulas o condiciones incompletas, por cuanto, en el momento de su realización será muy difícil que se puedan prever los diferentes factores externos o internos que pueden afectar a futuro el proyecto. Como lo determina la teoría económica al analizar el riesgo, las formas de mitigarlo incluyen la aplicación de barreras de entrada, el uso de seguros y lo que opera en proyectos a largo plazo como ampliar el plazo contractual de los proyectos, incorporar aportaciones estatales, entre otros.

Por lo anterior, los plazos de los contratos de participación público-privada suelen ser extensos, y, en consecuencia, durante su vigencia existirán diferentes períodos económicos, sociales, legales, técnicos, políticos, etc., que afectarán positiva o negativamente el proyecto.

En vista de lo anterior, el financiamiento por parte de entidades crediticias se ve limitado y es necesario contar con nuevas formas para asegurarlo que, sin perjuicio de lo que será expuesto en este texto, deberá ser analizado en cada caso para determinar el óptimo resultado. Entre las principales se pueden identificar: el mercado de capitales, la participación de capitales externos en la sociedad gestora a través de la emisión de títulos y acciones, cofinanciamiento, financiamiento por organismos multilaterales o bilaterales de crédito y emisión de bonos estatales.

6.4.1.1 Sobre los ingresos

La participación pública privada involucra la conjunción de una función pública con una privada, es decir, que el Estado permita que un privado

participe en la gestión de la cosa pública, y, por lo tanto, ambos deben permitir que se cumplan los intereses mutuos. Para el Estado, el bien común será lo primordial, pero para el privado, a través de la prestación del servicio o la administración del bien, es obtener una ganancia razonable y maximizar su beneficio económico.

Por ello, el análisis de los procesos de participación público-privada se fundamenta en una proyección de demanda que permitan al gestor privado e inversionistas recuperar su inversión. Estos análisis no buscan de ninguna manera asegurar una rentabilidad a los privados, o una garantía del Estado sobre ello, sino que permiten al gestor público tener un panorama claro sobre la retribución que tendrá el gestor privado.

En consecuencia, mientras esté en vigencia el contrato de participación público-privada, el Estado ecuatoriano permite al oferente adjudicado el desarrollo y gestión integral de servicios públicos entregados en este régimen, como un derecho para recuperar sus costos e inversión, de acuerdo con las condiciones y estipulaciones establecidas en los pliegos del Concurso, en la oferta adjudicada y en el Contrato de Participación Público Privada.

El ingreso que puede obtener, recibir y administrar el gestor privado se fundamenta en el cobro por el servicio prestado; sin embargo, es posible que el Estado realice aportaciones para garantizar la correcta ejecución del proyecto. En función de lo anterior, la demanda puede analizarse en relación con la suficiencia o insuficiencia de los ingresos generados.

64.1.2 Ingresos suficientes

En los proyectos PPP, el gestor privado generalmente obtiene sus ingresos del cobro por el servicio prestado. Sin embargo, en algunos casos, el Estado puede realizar aportaciones para garantizar la correcta ejecución del proyecto (Engel et al., 2014). Los ingresos se pueden clasificar en dos categorías: suficientes e insuficientes.

Cuando los ingresos por la prestación del servicio son suficientes para recuperar costos e inversión, el Estado no realiza aportaciones adicionales. En estos casos, es común que el gestor privado pague cánones o retribuciones al Estado (Guasch, 2004).

En estos casos, como existe un bien público entregado en régimen de participación público privado y la prestación de un servicio público, se ha previsto el pago de cánones o retribuciones fijas (por el bien) o variables (por el servicio) al Estado por parte del gestor privado. Se presenta en los contratos de ALOAG Santo Domingo, CONTECON, ANDIPUERTO, aeropuerto de QUITO, aeropuerto de GUAYAQUIL (con sus características especiales), aeropuerto de Baltra y puerto de Manta.

La recaudación de las tarifas por el uso del servicio representa el primer ingreso que puede obtener y considerar la gestora privada para recuperar la inversión realizada, sin embargo, considerando que este ingreso es variable y se encuentra afectado a la demanda, es necesario considerar el alto costo político para establecer una tarifa de equilibrio, y la capacidad adquisitiva del ciudadano no alcanzaría a cubrirla. En los proyectos de vías no existe una tarifa de equilibrio de peaje, no así en las de puertos y aeropuertos.

Es necesario considerar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 de la Ley de Régimen Tributario Interno, se encuentra gravado con tarifa cero del Impuesto al Valor Agregado: “1.- Los de transporte de pasajeros y carga fluvial y terrestre; y transporte marítimo (...) y 16.- El peaje que se cobra por la utilización de las carreteras (...)”

Por otro lado, en el caso de los proyectos que involucren construcción de infraestructura, los modelos económico-financieros contemplan la actualización de la tarifa y su incremento en el tiempo, conforme al Índice de Precios de la Construcción -IPCO vial-, que establece una variación de 2.5% anual.

También es necesario considerar que el artículo 394 de la Constitución de la República del Ecuador incorpora la obligación de promocionar el transporte masivo y “(...) la adopción de una política de tarifas diferenciadas (...)”. Por ello en las diferentes modalidades de transporte, las tarifas pueden tener una afectación social:

- a. en el servicio público de vialidad: el Ministerio de Transporte y Obras Públicas emitió el “Reglamento para la instrumentación y aplicación de la Tarifa especial de usuario frecuente” (Acuerdos Ministeriales No. 012 y 025 de 2 y 26 de abril de 2012, y No. 16 de 8 de febrero de 2013),

a través del cual se establece que los usuarios locales o comerciales, a excepción del transporte pesado, que deban atravesar frecuentemente y reiteradamente las estaciones de peaje, tendrán una tarifa equivalente al 50% del valor correspondiente a la categoría vehicular (a excepción del transporte). Esta consideración representa una reducción aproximada del 1% en los ingresos.

b. en el servicio público de infraestructuras aeroportuarias: en el caso de las tarifas por uso de terminal o de transporte aéreo, que pueden ser motivo de delegación podría ser de equilibrio, pues en la actualidad no existe tarifa diferenciada por los servicios del terminal aéreo, sin embargo, se debe considerar que las tarifas deben ser competitivas para generar interés en el uso del terminal aéreo en cuestión. En cambio, existe una tarifa diferenciada en la tarifa del transporte para los residentes de las Galápagos, más no en la tasa por uso del terminal.

En la disposición general séptima de la Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo sustentable de la Provincia de Galápagos (Registro Oficial No. 278, de 18 de marzo de 1998), se establece que “Para los residentes permanentes y temporales, las tarifas de transportación aérea y marítima de pasajeros aplicarán un descuento del cincuenta por ciento (50%) de su valor, en todas las rutas entre la provincia de Galápagos y las ciudades de Quito, Guayaquil y todas aquellas con las que se mantenga o se establezca en el futuro nuevas rutas aéreas marítimas, desde y hacia Galápagos. La misma tarifa se aplicará para transportación aérea o marítima, entre las islas de la provincia de las Galápagos.

“Así también, los residentes de la provincia de las Galápagos tendrán derecho a un descuento de treinta por ciento (30%) sobre las tarifas de transportación de carga por vía marítima, de los bienes que se determinen en el Reglamento General de Aplicación de esta Ley”.

En el marco de la prestación del servicio público de transporte terrestre, es fundamental diferenciar el rol del gestor privado de infraestructura respecto del operador del servicio público de transporte. Mientras que el primero puede participar en la construcción, mantenimiento y gestión de la infraestructura habilitante (por ejemplo, terminales, vías, estaciones), el segundo es quien

efectivamente presta el servicio de transporte a los usuarios, conforme a las condiciones establecidas por la normativa sectorial.

Según el artículo 3 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la responsabilidad del Estado en esta materia es indelegable en lo esencial, pues debe garantizar que la prestación del servicio de transporte público se ajuste a los principios de seguridad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, con tarifas socialmente justas. Este mandato delimita claramente que la planificación, regulación y control del servicio público no puede ser objeto de liberalización total, ni interpretarse como un campo de actuación libre del concesionario.

Por tanto, cuando se estructuran proyectos de participación público-privada (APP) o concesiones en el sector transporte, el análisis y control de la prestación del servicio como tal corresponde al Estado y a los operadores debidamente autorizados, no al gestor privado de infraestructura. Este último podrá intervenir en aspectos técnicos, logísticos o de soporte operativo, pero no sustituye el deber estatal de garantizar la calidad y universalidad del servicio conforme al interés público.

Con respecto a la explotación comercial de otros negocios conexos, lícitos y compatibles, éstos son ingresos extras que pueden mejorar la rentabilidad, sin embargo, es necesario mencionar que no son suficientes para generar interés en el inversor privado y la recuperación de la inversión se vería afectada, además de que el riesgo para el concesionario aumentaría.

6.4.1.3 Ingresos insuficientes

Cuando los ingresos por servicios son insuficientes, se han considerado algunas alternativas de participación excepcional del Estado, como alianzas público-privadas o concesiones con subsidio (Iossa & Martimort, 2015).

Considerando que permitir que un privado invierta en lo público, genera la posibilidad de que el Estado pueda destinar sus recursos para otros fines de índole pública y que un privado es más eficiente que el Estado, y que todo esto permitirá al propio Estado alcanzar su rentabilidad social, en caso de que los ingresos

por la prestación de servicios sean insuficientes, se han considerado algunas alternativas de participación excepcional del Estado. Es el caso de las alianzas públicas privadas o de una concesión con subsidio.

Para equilibrar los intereses de los inversionistas, el Estado ha planteado diversos incentivos y mecanismos de apoyo:

- a. Incentivos fiscales: establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (2010), que incluyen reducciones impositivas y exoneraciones tributarias.
- b. Aporte en infraestructura o pago parcial de la obra: el Estado puede realizar aportes directos al proyecto, incluyendo la entrega de infraestructura existente o el pago de un porcentaje de la obra nueva (Hemming, 2006).
- c. Pago por disponibilidad del servicio: un mecanismo donde el Estado paga al concesionario por mantener el servicio disponible a un nivel de calidad específico, independientemente del uso real (Iossa et al., 2013).

6.4.2 Análisis de los incentivos económicos

La gestión indirecta de los servicios públicos de transporte mediante esquemas de delegación —como las concesiones— constituye una forma de colaboración entre el sector público y el privado que combina recursos y capacidades de ambas partes. Esta fórmula no solo permite optimizar el uso del presupuesto público, al canalizar inversión privada hacia la infraestructura, sino que también requiere del diseño de incentivos adecuados para atraer y sostener la participación empresarial.

En el caso ecuatoriano, estos incentivos se enmarcan en las políticas públicas de fomento a la productividad, articuladas a partir de la expedición del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI). Este cuerpo normativo establece medidas concretas para impulsar el desarrollo productivo y modernizar la matriz económica nacional.

El artículo 5 del COPCI señala que *“el Estado fomentará el desarrollo productivo y la transformación de la matriz productiva, mediante la determinación de políticas y la defi-*

nición e implementación de instrumentos e incentivos” (COPCI, 2010, art. 5). En este contexto, las asociaciones público-privadas (APP) se convierten en vehículos estratégicos para promover inversiones en sectores clave como la infraestructura de transporte terrestre, marítimo y aéreo, dentro de un enfoque integral y multimodal (COPCI, 2010, art. 5, lit. h).

Adicionalmente, el COPCI establece que las nuevas empresas creadas específicamente para ejecutar contratos bajo régimen de delegación (como las concesionarias de transporte público) son susceptibles de acogerse a estos beneficios, siempre que suscriban un contrato de inversión debidamente aprobado.

El artículo 24 del COPCI regula los incentivos tributarios, los cuales se clasifican en tres grupos:

1. Incentivos generales, aplicables en todo el territorio nacional, entre los que se destacan:
 - a. reducción progresiva de hasta tres puntos en el impuesto a la renta.
 - b. exoneración del impuesto a la salida de divisas en operaciones de financiamiento externo.
 - c. deducciones adicionales para incentivar la innovación, productividad y sostenibilidad.
 - d. exoneración del anticipo al impuesto a la renta por cinco años en inversiones nuevas.
2. Incentivos sectoriales y de desarrollo regional, aplicables a inversiones que contribuyan al cambio de la matriz energética, la sustitución de importaciones o el desarrollo rural, incluyendo:
 - a. exoneración total del impuesto a la renta por cinco años.
 - b. exoneración para industrias básicas.
 - c. deducción adicional del 100 % del gasto de depreciación anual.
3. Incentivos para zonas deprimidas, que se suman a los anteriores y permiten deducir adicionalmente el 100 % del costo de contratación de nuevo personal durante cinco años.

En el caso específico de proyectos públicos ejecutados bajo esquemas de asociación público-privada, el COPCI reconoce un tratamiento preferente. Estas inversiones pueden beneficiarse de las exoneraciones al impuesto a la renta, a la salida de divisas y a los tributos al comercio exterior, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica de Incentivos para las APP y la Inversión Extranjera (Ley s/n, 2015, Disposición Reformativa Primera, núm. 2).

Esta arquitectura de incentivos, tanto sectoriales como regionales y tributarios, busca potenciar la participación privada en sectores estratégicos como el transporte, asegurando la sostenibilidad financiera de los proyectos y contribuyendo al cumplimiento de los objetivos de desarrollo del Estado.

6.4.2.1 Sobre la entrega de infraestructura y/o pago de un porcentaje de la obra

Se ha establecido la posibilidad de que el delegante realice un aporte porcentual al proyecto para la ejecución de las obras de construcción. Este porcentaje de aportación del Estado se considera una variable de análisis en el proceso de selección, en virtud de la disminución no desproporcionada del mismo que se pueda ofertar. Este aporte se puede realizar a través de mecanismos de aporte excepcional al proyecto de concesión como la entrega de recursos del Estado, inclusive en la modalidad de entrega programada de bonos del estado, etc.; autorizaciones para implementar servicios conexos de tipo comercial; explotación de actividades económicas en zonas colindantes a la franja del derecho de vía e incluso aceptación de parte del sector privado de otros mecanismos de financiamiento, tales como emisión de títulos valores, con los límites fijados por el ministerio rector de las finanzas públicas y del Organismo Nacional Técnico de Planificación, que representen el valor de los flujos futuros de la explotación de la infraestructura vial; o, cualquier otro producto financiero, u otros mecanismos, concordante con las políticas de Estado y la normativa ecuatoriana vigente.

En el caso de la infraestructura portuaria, considerando el sistema Land Lord, en los casos de las Autoridades Portuarias, el Estado participan en la actividad a través de la entrega de infraestructura en servicio. El Proyecto de concesión del Puerto de Manta, del Ministerio de Transporte y Obras Públicas y la Autoridad

Portuaria de Manta, contempla la realización por parte del Estado a través de las instituciones antes mencionadas, de la construcción y mejoramiento de la infraestructura portuaria del terminal internacional. El proceso de concesión y el de contratación de la obra están relacionados. La concesión de la operación debe realizarse mientras se realiza la construcción, por lo que la segunda debe permitir la gestión de la primera, y a los dos años de iniciado el contrato de concesión, debe estar terminada, recibida y puesta en servicio la infraestructura contratada.

La forma de garantizar el pago de la obra es el compromiso de gasto de los recursos a través de la certificación presupuestaria respectiva, o en el caso de los bonos del Estado, la garantía soberana de pago de la emisión.

Con respecto al compromiso de pago, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas en los artículos 115, 116 y 117, disponen que los recursos se comprometen cuando existe la autorización del gasto y cuando se hayan recibido obras, bienes o servicios. Por lo tanto, la norma antes citada, establece el compromiso de pago por parte de la institución pública.

El Estado puede participar en el cofinanciamiento del proyecto a largo plazo como los que tienen participación público-privada, en varias formas, una de ellas, es la emisión de bonos con vencimientos habituales a 3, 5 y 8 años, de tal suerte que el Estado en vez de egresar recursos directamente, durante estos plazos reserva liquidez para otras obras, bienes o servicios públicos que requieran una intervención inmediata.

Estos bonos del Estado ecuatoriano, se emiten con limitaciones como se puede observar en el oficio No. MF-SFP-2013-391 de 21 de junio de 2013.

64.2.2 Sobre la disponibilidad del servicio

Al existir una concesión de servicio, la sociedad concesionaria debe prestar el servicio público entregado en régimen de delegación. El concepto incorporado es el pago por la disponibilidad del servicio (vialidad, infraestructuras portuarias, aeroportuarias, transporte), que en un inicio ha sido incorporado en el concurso para la Autopista Santo Domingo-Esmeraldas, y que puede ser usado en las demás formas de contratación.

Por este servicio público, se puede establecer que el Estado pague a la concesionaria cuando ésta haya prestado el servicio en los niveles de calidad exigidos. A esta participación del Estado se ha denominado “pago por disponibilidad” o “PPD” y se incorporó en la concesión de la Autopista Santo Domingo – Esmeraldas.

Además, se ha establecido la existencia de este pago por la prestación del servicio en los niveles de calidad exigidos, además de las posibles sanciones, como un incentivo positivo para el concesionario en virtud del cual, si al momento de realizar la medición no se alcanza el nivel de servicio exigido, procederá una deducción del valor del PPD. El valor de este pago no es alto y sólo con él no se podría recuperar el costo y la inversión, pero se ha estructurado de tal manera que permita cubrir el gasto corriente, el repago de la deuda contraída por terceros para el pago de la construcción, los intereses de la deuda, y remunerar el capital a una tasa adecuada.

La actualización de este importe se realiza, al igual que las tarifas de servicios con construcción, según el Índice de precios de la Construcción –IPCo-.

Ante la consulta formulada por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, el Servicio de Rentas Internas mediante Oficio No. SRI-NAC-DEGE-2013-0543-OF de 13 de septiembre de 2013, determinó que “(...) los servicios de vialidad que brindará la sociedad anónima concesionaria encargada de prestarlos al Ministerio de Transporte y Obras Públicas se encuentran gravados con tarifa 12% de IVA, en vista de que no se encuentran comprendidos dentro de los servicios gravados con tarifa 0% enumerados en el artículo 56 de la Ley de Régimen Tributario Interno”.

Es importante mencionar, que al momento de tomar la decisión de incorporar el PPD dentro de un proceso de concesión, la política pública de delegación por concesión puede ser afectada pues se podrá entender que existe un subsidio por parte del Estado.

En conclusión, cuando la tarifa de la prestación del servicio no es suficiente para la retribución de la inversión y el costo realizados por la concesionaria, el Estado ecuatoriano ha considerado la existencia de incentivos, entrega de infraestructura, pago de una parte de la construcción, o pago por disponibilidad del servicio.

6.4.2.3 Análisis de conveniencia, evaluaciones y resoluciones

El análisis de conveniencia constituye una fase determinante dentro del proceso de estructuración de proyectos bajo la modalidad de participación público-privada (APP), ya que permite evaluar si una iniciativa resulta viable, eficiente y alineada con el interés público. Esta etapa integra distintos componentes técnicos, jurídicos y económicos cuyo objetivo es garantizar que la intervención privada aporte mayor valor agregado que una ejecución pública convencional (CAF, 2018; OECD, 2012).

Entre los elementos esenciales que conforman este análisis se encuentra, en primer lugar, la verificación de la elegibilidad del proyecto conforme a los criterios establecidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Incentivos para las APP y la Inversión Extranjera (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015). Esta norma dispone que solo serán elegibles aquellos proyectos que se enmarquen dentro de sectores estratégicos o de servicios públicos y que promuevan eficiencia, innovación, transferencia tecnológica o mejoras sustantivas en la calidad del servicio prestado.

Otro componente crítico es la aplicación del comparador público-privado (CPP), una herramienta metodológica que permite contrastar los costos, riesgos y beneficios de ejecutar el proyecto bajo un esquema APP frente a su alternativa pública tradicional. El CPP busca demostrar si la gestión privada genera un “valor por dinero” superior, considerando los costos de ciclo de vida del proyecto, los niveles de desempeño esperados y la asignación de riesgos contractuales (Banco Mundial, 2017).

Adicionalmente, en los casos en que el proyecto implique compromisos fiscales contingentes o explícitos para el Estado, se debe elaborar un informe de sostenibilidad fiscal, cuyo objetivo es asegurar que los flujos de pago comprometidos no afecten la estabilidad macroeconómica ni comprometan las metas fiscales del país (Ministerio de Finanzas, 2020). Este informe se convierte en una salvaguarda institucional para evitar impactos presupuestarios no previstos y preservar el equilibrio de las finanzas públicas.

Los resultados de estos análisis son conocidos por la entidad promotora del proyecto, la cual debe emitir una resolución motivada aprobando la iniciativa en caso de cumplir con los criterios establecidos. Posteriormente, la propuesta

es remitida al Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, instancia encargada de conocer y resolver sobre la procedencia de los incentivos contemplados en la ley.

El secretario técnico del Comité Interinstitucional tiene a su cargo la evaluación detallada de la documentación presentada, conforme a los parámetros establecidos en la legislación vigente y en la normativa expedida por el propio Comité. En esta fase se deben elaborar los informes técnicos, económico-financiero y jurídico, así como el informe integrador del secretario técnico, que recogerá las recomendaciones pertinentes respecto de la viabilidad del proyecto y su adecuación a los objetivos de política pública.

Finalmente, el Comité Interinstitucional, con base en dicha evaluación, deberá emitir una resolución debidamente motivada. Esta decisión no implica que la iniciativa privada no pueda ejecutarse en caso de rechazo, sino que no accederá a los incentivos especiales establecidos en el régimen jurídico de APPs. No obstante, cabe señalar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla otras figuras legales y normativas que prevén beneficios e incentivos tributarios para proyectos de inversión privada o extranjera, tales como el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y la Ley de Régimen Tributario Interno.

6.4.3 Lógica formal del valor por dinero (VpD)

El valor por dinero (Value for Money, VfM) es un concepto central de la economía pública moderna que se utiliza para evaluar si una determinada decisión de gasto público genera el máximo beneficio posible para la sociedad, considerando no solo el costo financiero, sino también la calidad del servicio, el desempeño esperado, la eficiencia operativa y la adecuada asignación de riesgos. En el ámbito de las concesiones y asociaciones público-privadas (APP), el VfM se emplea como un criterio de decisión ex ante, destinado a determinar si la participación privada ofrece una ventaja real frente a la provisión pública tradicional.

A diferencia de una lógica meramente contable, el valor por dinero implica una evaluación integral y dinámica, basada en el análisis del ciclo de vida del proyecto, y no únicamente en el costo inicial de inversión. En este sentido, un proyecto genera valor por dinero cuando la alternativa seleccionada —pública o privada— permite alcanzar los objetivos del proyecto con el menor costo

ajustado por riesgos, o bien con mejores niveles de desempeño y calidad, para un mismo nivel de costo (Grimsey & Lewis, 2004; Banco Mundial, 2017).

El concepto de valor por dinero tiene su origen en las reformas de Nueva Gestión Pública (New Public Management) desarrolladas en países anglosajones, particularmente en el Reino Unido, a partir de la década de 1980. Estas reformas buscaron introducir criterios de eficiencia, desempeño y responsabilidad fiscal en la gestión del gasto público, frente a modelos tradicionales caracterizados por una provisión estatal directa poco sensible a costos, resultados y calidad del servicio.

En este contexto, el VfM se consolidó como un principio rector del gasto público, especialmente tras la implementación del esquema Private Finance Initiative (PFI) en el Reino Unido en la década de 1990. El gobierno británico incorporó formalmente el VfM como condición para justificar la utilización de financiamiento y gestión privada en proyectos de infraestructura pública, estableciendo que ninguna APP debía aprobarse si no demostraba, de manera objetiva, una ventaja frente a la alternativa pública (HM Treasury, 2006).

Posteriormente, el concepto fue adoptado y desarrollado por organismos multilaterales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la OCDE, convirtiéndose en un estándar internacional para la evaluación de proyectos concesionales y APP (OCDE, 2012; Banco Mundial, 2017).

El valor por dinero surge como respuesta a dos problemas estructurales de la inversión pública tradicional. En primer lugar, la ineficiencia en la ejecución de proyectos, manifestada en sobrecostos, retrasos y deficiencias en la operación y mantenimiento de la infraestructura. En segundo lugar, la opacidad en la toma de decisiones, donde la elección de modalidades de contratación respondía a criterios políticos o presupuestarios de corto plazo, más que a análisis técnicos objetivos.

En el ámbito específico de las concesiones, el VfM se desarrolló para evitar que la participación privada se justificara únicamente como un mecanismo de diferimiento presupuestario, trasladando pagos al futuro sin una evaluación real de costos y riesgos. El VfM introduce, así, una lógica de responsabilidad intertemporal, obligando al Estado a evaluar los impactos económicos de largo plazo de sus decisiones contractuales.

En los proyectos concesionales y APP, el valor por dinero cumple múltiples funciones:

1. función decisoria: permite determinar si un proyecto debe ejecutarse como concesión o mediante provisión pública tradicional.
2. función disciplinaria: obliga a estructurar proyectos con asignación eficiente de riesgos y esquemas de incentivos coherentes.
3. función de transparencia: proporciona un marco objetivo para justificar decisiones frente a órganos de control y a la ciudadanía.
4. función de sostenibilidad fiscal: evita compromisos fiscales implícitos o contingentes no evaluados adecuadamente.

Desde esta perspectiva, el VfM no es un complemento opcional, sino un requisito sustantivo de legitimidad económica de las concesiones.

La herramienta metodológica utilizada para aplicar el valor por dinero es el comparador público-privado (CPP), mediante el cual se estima el costo esperado de la provisión pública y se lo compara con el costo ajustado del esquema concesional o APP, ambos expresados en valor presente. El CPP incorpora la identificación, cuantificación y asignación de riesgos, permitiendo evaluar si la transferencia de riesgos al privado es efectiva o meramente nominal (Banco Mundial, 2017).

El valor por dinero se incorpora de manera sistemática en los regímenes concesionales a partir de los años noventa, especialmente en países con mercados financieros desarrollados y marcos regulatorios sólidos. Su adopción responde a la necesidad de controlar los efectos fiscales y económicos de los contratos de largo plazo, típicos de las concesiones de infraestructura y servicios públicos.

En el Ecuador, el concepto de valor por dinero no estuvo presente de manera explícita en los primeros esquemas concesionales desarrollados durante las décadas de 1990 y 2000, los cuales se caracterizaron por una débil evaluación económica ex ante y una limitada gestión de riesgos. La incorporación formal del VfM se produce de manera progresiva a partir del desarrollo del régimen de asociaciones público-privadas, particularmente con la expedición de la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, publicada en el Registro Oficial en 2015.

Esta ley introduce la obligación de realizar análisis de conveniencia económica y fiscal, alineados con estándares internacionales, como condición para la estructuración de proyectos APP. Posteriormente, el Ministerio de Economía y Finanzas incorpora el enfoque de valor por dinero a través de lineamientos técnicos para la evaluación de proyectos APP, vinculando el CPP con el análisis de sostenibilidad fiscal y con el marco de responsabilidad previsto en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP).

De este modo, el VfM se integra al ordenamiento ecuatoriano no solo como una técnica financiera, sino como un criterio de racionalidad del gasto público, coherente con los principios constitucionales de eficiencia, responsabilidad fiscal y uso adecuado de los recursos públicos. Su incorporación responde, además, a compromisos del Estado ecuatoriano con organismos multilaterales y a la necesidad de fortalecer la credibilidad institucional de los proyectos concesionales frente a inversionistas y órganos de control.

La lógica formal del valor por dinero (Value for Money) en la estructuración económica de proyectos concesionales y de asociaciones público-privadas se fundamenta en la comparación sistemática entre alternativas de provisión pública y privada, con el objetivo de determinar aquella que, a lo largo del ciclo de vida del proyecto, maximiza el beneficio social neto mediante una asignación eficiente de riesgos, costos y responsabilidades, garantizando simultáneamente sostenibilidad fiscal, calidad del servicio y adecuada rendición de cuentas.

6.4.3.2 Aplicación de la lógica formal del valor por dinero (Value for Money) a los proyectos de concesión

En la fase de formulación y financiamiento de los proyectos concesionales y de asociaciones público-privadas (APP), la decisión de optar por un esquema de participación privada no puede fundarse exclusivamente en consideraciones de oportunidad política, restricciones presupuestarias de corto plazo o preferencias ideológicas respecto del rol del Estado. Desde una perspectiva de economía pública y de buena administración, dicha decisión debe sustentarse en una evaluación económica ex ante rigurosa, orientada a determinar si la alternativa concesional genera un mayor valor por dinero (Value for Money, VfM) frente a la provisión pública tradicional.

El concepto de valor por dinero constituye un criterio de racionalidad económica que permite evaluar si un proyecto estructurado bajo un esquema concesional o APP ofrece, a lo largo de su ciclo de vida, una combinación superior de costos, calidad, desempeño y gestión de riesgos en comparación con su ejecución directa por el Estado. En este sentido, el VfM no se limita a una comparación estática de costos de inversión inicial, sino que incorpora una visión integral que abarca los costos de construcción, operación, mantenimiento, financiamiento y eventual reversión del activo, ajustados por los riesgos asumidos por cada una de las partes (Banco Mundial, 2017).

Desde el punto de vista metodológico, la herramienta central para operacionalizar el análisis de valor por dinero es el comparador público-privado (CPP). El CPP permite contrastar el costo esperado, expresado en valor presente, de ejecutar el proyecto bajo un esquema de provisión pública tradicional, frente al costo ajustado del mismo proyecto bajo un esquema concesional o APP. Para ello, el CPP incorpora explícitamente la identificación, cuantificación y asignación de riesgos relevantes —tales como riesgos de construcción, demanda, financiamiento, operación y desempeño— con el objetivo de determinar si la transferencia de riesgos al sector privado es real, eficiente y económicamente justificada.

En términos formales, un proyecto concesional solo genera valor por dinero cuando el costo total ajustado por riesgos de la alternativa privada resulta inferior al de la alternativa pública, o cuando, a igualdad de costos, ofrece niveles superiores de desempeño, calidad del servicio o eficiencia operativa. En ausencia de esta condición, la concesión carece de justificación económica y se convierte en un mecanismo de diferimiento presupuestario o de transferencia ineficiente de recursos, sin beneficios reales para el interés público.

La relación entre valor por dinero y estructura de financiamiento es particularmente relevante. El financiamiento privado suele implicar un mayor costo de capital en comparación con el endeudamiento soberano; sin embargo, este mayor costo puede resultar económicamente aceptable cuando va acompañado de una asignación eficiente de riesgos, incentivos contractuales adecuados y mejoras comprobables en la gestión del proyecto. En este contexto, el VfM permite evaluar si el mayor costo financiero se compensa con una reducción

de riesgos para el Estado, una mayor disciplina en la ejecución y una mejora sostenida en el desempeño del servicio.

Asimismo, el análisis de valor por dinero se vincula de manera directa con el diseño de los incentivos económicos contractuales, tales como los pagos por disponibilidad, los esquemas de remuneración vinculados al desempeño y las penalidades por incumplimiento. Estos mecanismos no constituyen meras cláusulas contractuales, sino instrumentos económicos orientados a alinear los intereses del concesionario con los objetivos públicos del proyecto. Un esquema de incentivos mal diseñado puede neutralizar cualquier ganancia potencial de valor por dinero, aun cuando el proyecto haya sido formalmente estructurado como APP.

Cuando el proyecto concesional implica compromisos fiscales explícitos o contingentes para el Estado, el análisis de valor por dinero debe complementarse necesariamente con un informe de sostenibilidad fiscal. Este instrumento tiene por finalidad evaluar el impacto de los pagos comprometidos —tales como subsidios, garantías, pagos por disponibilidad o mecanismos de compensación— sobre las finanzas públicas en el mediano y largo plazo, asegurando que dichos compromisos no afecten la estabilidad macroeconómica ni comprometan las metas fiscales del país (Ministerio de Finanzas, 2020). En este sentido, la sostenibilidad fiscal no constituye un elemento externo al VfM, sino una condición estructural de su validez económica.

Desde una perspectiva crítica, la experiencia comparada demuestra que la ausencia de análisis robustos de valor por dinero y de sostenibilidad fiscal constituye una de las principales causas de fracaso de proyectos concesionales y APP, incluso en ordenamientos jurídicos con marcos normativos sofisticados. La utilización del CPP como un mero requisito formal, sin una evaluación técnica independiente ni mecanismos efectivos de control, tiende a desvirtuar su función y a legitimar decisiones previamente adoptadas, en lugar de orientar racionalmente la estructuración del proyecto.

En consecuencia, el análisis de valor por dinero debe ser concebido como un requisito sustantivo de la formulación del proyecto, estrechamente vinculado a la transparencia, la rendición de cuentas y la protección del interés público.

Solo cuando la concesión demuestra, de manera objetiva y verificable, que genera un mayor valor por dinero frente a la alternativa pública, resulta económicamente legítima y jurídicamente sostenible. En caso contrario, el riesgo no es únicamente financiero, sino institucional, en la medida en que se debilita la confianza en los mecanismos de colaboración público-privada y se compromete la racionalidad del uso de recursos públicos.

6.5 El procedimiento de selección

Los procesos de selección en las concesiones y participaciones público-privadas (PPP) son complejos y multifacéticos, ya que buscan equilibrar la eficiencia económica, la competencia justa y la protección del interés público. Estos mecanismos de delegación, mediante los cuales se transfiere a entidades privadas la prestación de servicios públicos o la explotación de bienes del Estado, requieren procedimientos rigurosos, estructurados y transparentes para alcanzar resultados óptimos.

Desde la perspectiva doctrinaria se enfatiza que la transparencia, la competencia y una adecuada estructuración del proceso son condiciones esenciales para asegurar que la selección del concesionario o del socio privado se realice en términos que beneficien al conjunto de la sociedad. Como sostiene Dromi (2004), el diseño de estos procesos debe orientarse a garantizar la eficiencia, evitar arbitrariedades y proteger el interés público.

Según Cassagne (2005), los principios fundamentales que deben regir los procesos de selección en las concesiones son:

- a) Publicidad: asegura la difusión amplia de la convocatoria para promover la competencia.
- b) Igualdad: garantiza que todos los oferentes sean tratados bajo las mismas condiciones.
- c) Concurrencia: fomenta la mayor participación posible de oferentes calificados.
- d) Transparencia: asegura que el proceso sea claro y abierto al escrutinio público.

Estos principios se reflejan en la legislación y práctica de muchos países, incluyendo Ecuador.

Marienhoff (1998) y García de Enterría y Fernández (2020) coinciden en que el proceso de selección para concesiones generalmente incluye las siguientes etapas:

1. preparación y planificación
2. convocatoria pública
3. precalificación de oferentes
4. presentación de ofertas
5. evaluación de ofertas
6. adjudicación
7. formalización del contrato

La incorporación de modelos relevantes como el DBOT y procesos como el Swiss Challenge puede enriquecer significativamente el panorama de las concesiones y PPP en Ecuador, fomentando la innovación, permitiendo una mayor flexibilidad en el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios públicos y propiciando la eficiencia del sector privado desde la etapa de diseño, lo que puede resultar en soluciones más eficientes y efectivas. Sin embargo, estos procesos se deben implementar con cuidado, asegurando la transparencia, la competencia justa y la protección del interés público.

Además de los procesos de selección tradicionales, es importante considerar modelos más flexibles que permitan una mayor innovación y participación del sector privado desde las etapas iniciales del proyecto.

El Swiss Challenge es un método de contratación que permite a la entidad pública recibir propuestas no solicitadas del sector privado. Hodges y Dellacha (2007) describen el proceso de la siguiente manera:

1. Una empresa privada presenta una propuesta no solicitada para un proyecto.
2. La entidad pública evalúa la propuesta y, si la considera viable, la hace pública.
3. Se invita a otros potenciales oferentes a mejorar la propuesta original.

4. El proponente original tiene el derecho de igualar la mejor oferta recibida.

Este proceso fomenta la innovación y permite al sector público beneficiarse de ideas originadas en el sector privado.

La incorporación de esquemas contractuales como el modelo DBOT (Design-Build-Operate-Transfer) y mecanismos como el Swiss Challenge en los procesos de concesión representa una transformación relevante del modelo tradicional de contratación pública. Estos enfoques introducen modificaciones sustantivas en las distintas etapas del procedimiento, tanto en la presentación de propuestas, como en su evaluación y adjudicación, y exigen adaptaciones normativas e institucionales orientadas a garantizar la transparencia, eficiencia y competitividad del proceso (Yescombe, 2007; CAF, 2018).

En la etapa de presentación de propuestas, los modelos DBOT y Swiss Challenge permiten, e incluso estimulan, la recepción de propuestas completas desde el inicio del proceso. Esto implica que los oferentes pueden presentar diseños detallados, estudios técnicos, soluciones operativas y modelos financieros integrados desde el primer momento. En el caso del Swiss Challenge, además, se habilita la presentación de iniciativas no solicitadas en cualquier momento, las cuales deben ser evaluadas por la entidad pública para determinar su interés público y viabilidad (ADB, 2008; OECD, 2012).

Durante la etapa de evaluación, la autoridad concedente debe adoptar un enfoque más integral que contemple no solo los aspectos financieros y legales, sino también la calidad técnica, la innovación en el diseño, la sostenibilidad ambiental y la eficiencia operativa de las propuestas. Esto requiere ampliar las capacidades del equipo evaluador, incorporando expertos multidisciplinarios y herramientas de valoración más complejas (Banco Mundial, 2017).

En los procesos que adoptan el modelo Swiss Challenge, debe incluirse una etapa competitiva adicional, en la que otros oferentes tienen la oportunidad de mejorar la propuesta original. Posteriormente, el proponente inicial podrá igualar o superar la mejor oferta presentada, conservando así un derecho preferente de adjudicación. Esta dinámica busca incentivar la presentación de ideas innovadoras por parte del sector privado, al tiempo que asegura condiciones de competencia efectiva y evita adjudicaciones directas carentes de transparencia (OECD, 2012).

En cuanto a los criterios de adjudicación, es indispensable ampliarlos más allá de los tradicionales parámetros de capacidad técnica y financiera. La evaluación debe valorar la calidad del diseño, el enfoque innovador, la adaptabilidad tecnológica, los impactos sociales y ambientales, y los mecanismos propuestos para la gestión de riesgos (CAF, 2018).

La implementación de estos esquemas aporta una serie de ventajas relevantes para la estructuración y ejecución de proyectos de infraestructura bajo esquemas de participación público-privada. Según Yescombe (2007) y el Banco Mundial (2017), entre las ventajas más destacadas se encuentran:

1. estímulo a la innovación y creatividad del sector privado en la formulación de soluciones técnicas.
2. aprovechamiento de conocimiento especializado que puede no estar disponible en el sector público.
3. mejora en la eficiencia y efectividad de los proyectos, al integrar diseño, construcción y operación bajo un solo responsable.
4. reducción del tiempo de estructuración, especialmente cuando el diseño proviene del proponente privado.

No obstante, estos modelos también presentan desafíos importantes, tales como:

1. mayor complejidad técnica en la evaluación de propuestas, lo que demanda recursos humanos especializados.
2. riesgos de opacidad o favoritismo, especialmente en procesos Swiss Challenge mal regulados.
3. necesidad de fortalecer las capacidades institucionales para valorar adecuadamente diseños complejos e innovadores, y para asegurar una fiscalización adecuada de los proyectos durante su ejecución.

En el contexto ecuatoriano, la incorporación de estos modelos requeriría algunas adaptaciones al marco legal y procesal existente. Sin embargo, podrían ofrecer beneficios significativos, especialmente en sectores donde la innovación tecnológica es cada vez más notoria e indispensable, o donde el sector privado podría tener ideas valiosas que el sector público no ha considerado.

La implementación de estos modelos en Ecuador podría seguir el siguiente esquema:

1. modificación del marco legal para permitir propuestas no solicitadas y procesos tipo Swiss Challenge.
2. desarrollo de capacidades en el sector público para evaluar propuestas innovadoras.
3. establecimiento de criterios claros para la evaluación de propuestas DBOT y Swiss Challenge.
4. implementación de mecanismos de transparencia adicionales para estos procesos más flexibles.

6.5.1 . Procedimiento de selección para PPP

En Ecuador, el proceso de selección para proyectos de Participación Pública Privada (PPP) sigue un esquema detallado que se alinea con los principios doctrinarios mencionados anteriormente. A continuación, se describe cada etapa del proceso:

1. *Acuerdo o resolución institucional de viabilidad técnica-económica*: la institución competente realiza un estudio exhaustivo para determinar la viabilidad técnica, legal y económico-financiera del proyecto. Este documento debe incluir análisis de demanda, costos, beneficios esperados y riesgos potenciales (Ministerio de Transporte y Obras Públicas, 2016). Esta etapa corresponde a la preparación y planificación mencionada en la doctrina.

2. *Decreto ejecutivo de declaratoria de excepcionalidad*: el Presidente de la República emite un decreto declarando la excepcionalidad del proyecto, justificando por qué la participación privada es necesaria y beneficiosa para el interés público (Asamblea Nacional, 2015). Esta es una particularidad del sistema ecuatoriano que busca asegurar que la PPP sea realmente necesaria y beneficiosa.

3. *Resolución institucional de inicio del proceso y convocatoria pública internacional*: la institución emite una resolución formal para iniciar el proceso de selección y publica una convocatoria internacional, detallando los requisitos y plazos del concurso (COPCI, 2010). Esta etapa se alinea con el principio de publicidad mencionado por Cassagne.

4. *Fase de preguntas y respuestas de la etapa de precalificación*: los potenciales oferentes pueden solicitar aclaraciones sobre los requisitos

de precalificación. La institución debe responder por escrito a todas las preguntas recibidas. Esta etapa promueve la transparencia y la igualdad entre los oferentes.

5. *Presentación de sobre de precalificación:* los interesados presentan documentación que demuestre su capacidad legal, técnica y financiera para llevar a cabo el proyecto (Ministerio de Transporte y Obras Públicas, 2016). Esta etapa corresponde a la precalificación de oferentes mencionada en la doctrina.

6. *Convalidación de errores de la documentación de precalificación:* la institución revisa la documentación y permite a los oferentes corregir errores de forma en sus presentaciones. Esta etapa busca promover la concurrencia al permitir que errores menores no descalifiquen a oferentes potencialmente valiosos.

7. *Invitación a oferentes precalificados:* los oferentes que cumplen con los requisitos de precalificación son invitados formalmente a presentar sus ofertas técnicas y económicas (COPCI, 2010).

8. *Fase de preguntas y respuestas para la oferta:* similar a la etapa 4, pero enfocada en los detalles de la oferta técnica y económica. Esta etapa nuevamente promueve la transparencia y la igualdad.

9. *Presentación de ofertas técnicas y económicas:* los oferentes precalificados presentan sus propuestas detalladas, incluyendo soluciones técnicas y modelos financieros (Ministerio de Transporte y Obras Públicas, 2016). Esta etapa corresponde a la presentación de ofertas mencionada en la doctrina.

10. *Convalidación de la oferta técnica:* la institución revisa las ofertas técnicas y permite correcciones de errores de forma.

11. *Apertura de la oferta económica:* se abren públicamente las ofertas económicas de aquellos oferentes cuyas propuestas técnicas fueron aprobadas (COPCI, 2010). Esta apertura pública promueve la transparencia del proceso.

12. *Convalidación de errores de la oferta económica:* similar a la etapa 10, pero para la oferta económica.

13. *Recomendación de adjudicación:* un comité técnico evalúa las ofertas y recomienda la adjudicación al oferente con la mejor propuesta técnica y económica (Ministerio de Transporte y Obras Públicas, 2016). Esta etapa corresponde a la evaluación de ofertas mencionada en la doctrina.

14. *Adjudicación*: la institución emite una resolución formal adjudicando el contrato al oferente seleccionado (COPCI, 2010). Esta etapa corresponde a la adjudicación mencionada en la doctrina.

15. *Constitución de la sociedad gestora (opcional)*: si los pliegos lo requieren, el adjudicatario constituye una sociedad anónima de objeto único para la ejecución del contrato (Asamblea Nacional, 2015). Esta es una particularidad que busca asegurar que la entidad que ejecutará el contrato esté dedicada exclusivamente a ese propósito.

16. *Suscripción del contrato y acta de entrega recepción del bien público*: se firma el contrato de PPP y se realiza la entrega formal de los bienes públicos necesarios para la ejecución del proyecto (Código Orgánico Administrativo, 2017). Esta etapa corresponde a la formalización del contrato mencionada en la doctrina.

Cada una de estas etapas está diseñada para garantizar la transparencia, competencia y eficiencia en el proceso de selección, asegurando que el proyecto de PPP sea beneficioso tanto para el sector público como para el privado.

Criterios de evaluación: según Sarmiento García (1999), los criterios de evaluación en las concesiones suelen incluir:

1. capacidad técnica y experiencia del oferente
2. solidez financiera y capacidad de inversión
3. plan de negocios y estrategia operativa
4. beneficios económicos para el Estado (canon, inversiones comprometidas)
5. calidad del servicio propuesto
6. impacto ambiental y social

Estos criterios se reflejan en el proceso de evaluación de ofertas en Ecuador, aunque los pesos específicos pueden variar dependiendo del proyecto en cuestión.

El proceso de selección en las concesiones y PPP, tanto en Ecuador como en otros países, enfrenta varios desafíos. Pérez Hualde (2009) señala algunos de estos:

1. asimetría de información entre el Estado y los oferentes privados.
2. riesgo de colusión entre oferentes.
3. captura regulatoria y conflictos de interés.
4. dificultad para evaluar compromisos a largo plazo.

El proceso detallado que sigue Ecuador intenta abordar estos desafíos mediante la transparencia, la precalificación rigurosa, y la evaluación técnica y económica detallada. Sin embargo, es importante que las autoridades estén constantemente atentas a estos riesgos y busquen mejorar continuamente el proceso.

PARTE IV

Contratos y riesgos

7. Contratos de concesión

Los contratos de concesión representan una herramienta importante para los gobiernos en la provisión de infraestructura y servicios públicos. Sin embargo, su éxito depende de una cuidadosa estructuración, una adecuada asignación de riesgos y un marco regulatorio sólido (Estache & Saussier, 2014).

Según la doctrina, la concesión o participación público-privada es un sistema de contratación pública en el cual una entidad pública otorga a una entidad privada la construcción, gestión y explotación de una obra o servicio público por un período determinado. El concesionario, a cambio de realizar la obra o servicio, recibe la explotación económica del mismo como forma de remuneración. Dromi define la concesión como “el acto administrativo por el cual la administración pública confiere a una persona física o jurídica la facultad de gestionar un servicio o explotar un bien público, bajo ciertas condiciones y por un período determinado” (Dromi, 2004).

Los contratos de concesión han emergido como un instrumento fundamental en la gestión pública moderna, permitiendo la colaboración entre el sector público y privado para el desarrollo y operación de infraestructuras y servicios públicos. Este mecanismo ha ganado relevancia en las últimas décadas como respuesta a las limitaciones presupuestarias de los Estados y la necesidad de mejorar la eficiencia en la prestación de servicios públicos (Guasch, 2004).

7.1 Algunas definiciones

Un contrato de concesión es un acuerdo jurídico mediante el cual una entidad pública (concedente) otorga a una entidad privada (concesionario) el derecho de financiar, construir, operar y mantener una infraestructura o prestar un servicio público por un período determinado, a cambio del derecho a cobrar por su uso o explotación económica (Dromi, 2017).

La concesión o participación público-privada es un mecanismo de contratación pública que ha ganado relevancia en las últimas décadas como respuesta a las crecientes demandas de infraestructura y servicios públicos en un contexto de limitaciones presupuestarias estatales (Guasch, 2004). Este modelo implica la colaboración entre el sector público y el privado, donde una entidad pública otorga a una entidad privada la responsabilidad de construir, gestionar y explotar una obra o servicio público por un período determinado.

Dromi (2017) define la concesión como: “El acto administrativo por el cual la administración pública confiere a una persona física o jurídica la facultad de gestionar un servicio o explotar un bien público, bajo ciertas condiciones y por un período determinado” (p. 603).

Esta definición resalta el carácter temporal y condicional de la concesión, así como su naturaleza de acto administrativo.

Por su parte, Cassagne (2018) añade que: “La concesión constituye un modo de gestión indirecta de los servicios públicos, mediante el cual el Estado encomienda a un particular la prestación de un servicio público, otorgándole ciertas prerrogativas públicas, pero conservando la titularidad del servicio” (p. 485).

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2012), los contratos de concesión se definen como: “Acuerdos contractuales de largo plazo entre el gobierno y un socio del sector privado, en los que este último presta y financia servicios públicos utilizando un activo de capital fijo, compartiendo los riesgos asociados” (p. 18).

Los contratos de concesión poseen características distintivas que los diferencian de otros tipos de contratos administrativos. Estas incluyen:

1. Largo plazo: las concesiones suelen tener una duración prolongada, generalmente entre 20 y 30 años, para permitir al concesionario recuperar su inversión y obtener un retorno razonable (Yescombe, 2007).
2. Transferencia de riesgos: existe una distribución de riesgos entre el sector público y el privado. El concesionario asume riesgos significativos relacionados con la construcción, financiamiento, operación y demanda (Grimsey & Lewis, 2004).
3. Financiamiento privado: el concesionario es responsable de obtener el financiamiento necesario para el proyecto, lo que reduce la carga financiera inmediata para el sector público (Delmon, 2010).
4. Propiedad pública: a pesar de la gestión privada, la propiedad de los activos suele permanecer en manos del Estado o se transfiere al Estado al final del período de concesión (Guasch, 2004).
5. Especificación por resultados: el contrato se centra en los resultados y niveles de servicio que debe alcanzar el concesionario, más que en los medios para lograrlos, fomentando la innovación y eficiencia (Martínez Calvo, 2005).
6. Pago basado en el desempeño: la remuneración del concesionario está vinculada a su desempeño y al cumplimiento de los estándares de calidad establecidos en el contrato (Vassallo & Izquierdo, 2010).

El contrato de concesión, como figura propia del derecho administrativo, presenta una serie de características distintivas que lo diferencian de otras modalidades de contratación pública y de colaboración con el sector privado. Estas particularidades responden tanto a su finalidad —la prestación de un servicio público o la explotación de un bien de titularidad estatal— como a su naturaleza jurídica, que combina elementos de interés público, ejercicio de potestades administrativas y participación de un operador privado en condiciones específicas.

Comprender estas características resulta fundamental para delimitar los alcances de los derechos y obligaciones que asumen tanto el Estado como el concesionario, así como para identificar el régimen jurídico aplicable al contrato. Entre los elementos más relevantes se destacan la exclusividad en la prestación del servicio, el carácter originario de los derechos conferidos, la temporalidad

del vínculo contractual, el principio de reversión, y la sujeción a un régimen jurídico exorbitante que habilita el ejercicio de potestades unilaterales por parte de la administración concedente.

A continuación, se examinan con mayor detalle las principales características jurídicas del contrato de concesión:

1. *Exclusividad*: la concesión implica la transferencia al concesionario de la exclusividad en la explotación del servicio o bien público dentro del ámbito de sus competencias y facultades. Dromi (2017) señala que: “Esta exclusividad es esencial para que el concesionario pueda recuperar su inversión y obtener un beneficio económico razonable a través de la explotación del servicio o bien concedido” (p. 605).

La concesión implica que la entidad pública transfiere al concesionario la exclusividad en la explotación del servicio o bien público dentro del ámbito de sus competencias y facultades. Es esencial que la entidad pública cuente con la autoridad legal para delegar estas funciones. Esta exclusividad asegura que el concesionario pueda recuperar su inversión y obtener un beneficio económico a través de la explotación del servicio o bien concedido (Dromi, 2004).

Sin embargo, es crucial que la entidad pública cuente con la autoridad legal para delegar estas funciones, lo que generalmente está establecido en la legislación específica de cada país (Yescombe, 2007).

2. *Carácter originario*: el contrato de concesión genera nuevas situaciones jurídicas y derechos para el concesionario, quienes previamente no tenían ningún derecho sobre el bien o servicio objeto de la concesión. Esta característica diferencia la concesión de otros tipos de contratos administrativos, como las autorizaciones o licencias, donde no se crean derechos exclusivos de explotación para el beneficiario (Acevedo, 2002).

El contrato de concesión genera nuevas situaciones jurídicas y derechos para el concesionario, quien previamente no tenía ningún derecho sobre el bien o servicio objeto de la concesión. Acevedo (2002) destaca que: “Esta característica diferencia la concesión de otros tipos de contratos administrativos, como las

autorizaciones o licencias, donde no se crean derechos exclusivos de explotación para el beneficiario” (p. 78). Marienhoff (2011) añade que el carácter originario de la concesión implica que: “El concesionario no sustituye a la administración en la prestación del servicio, sino que actúa por derecho propio, aunque bajo el control y supervisión del Estado” (p. 589).

3. *Control por la administración pública*: aunque la administración delega la gestión y explotación del servicio o bien, mantiene su titularidad y la capacidad de control y supervisión sobre el concesionario. Este control se ejerce a través de cláusulas contractuales específicas y mecanismos de supervisión establecidos en el contrato de concesión, garantizando que el servicio público se preste de acuerdo con los estándares y objetivos establecidos por la administración (Galarza & La Serna, 2005).

Aunque la administración delega la gestión y explotación del servicio o bien, mantiene su titularidad y la capacidad de control y supervisión sobre el concesionario. Galarza y La Serna (2005) señalan que: “Este control se ejerce a través de cláusulas contractuales específicas y mecanismos de supervisión establecidos en el contrato de concesión, garantizando que el servicio público se preste de acuerdo a los estándares y objetivos establecidos por la administración” (p.490).

Cassagne (2018) complementa esta idea al afirmar que: “El poder de control de la administración es una consecuencia necesaria de la titularidad que conserva sobre el servicio público, y se manifiesta en la facultad de dictar instrucciones, de sustituir al concesionario en caso de incumplimiento grave, y de revocar la concesión por razones de interés público” (p. 490).

Esta característica asegura que, a pesar de la gestión privada, el interés público siga siendo la prioridad en la prestación del servicio o la explotación del bien concesionado.

7.2 Etapas del contrato de concesión

La comprensión clara de estas etapas es esencial para todas las partes involucradas en un contrato de concesión, ya que define las expectativas, responsabilidades y mecanismos de control a lo largo de la vida del proyecto.

Calafell (1996) enfatiza que esta división en etapas es fundamental porque: “Permite una clara asignación de responsabilidades y riesgos entre la administración pública y el concesionario, y establece un marco para el seguimiento y evaluación del desempeño del concesionario durante la fase de explotación” (p. 234).

Además, Dromi (2017) añade que: “La distinción entre las fases de CAPEX y OPEX facilita la estructuración financiera del proyecto, permite una mejor gestión de los riesgos a lo largo del ciclo de vida del proyecto, y proporciona un marco claro para la intervención regulatoria del Estado” (p. 615).

Esta división en etapas permite una clara asignación de responsabilidades y riesgos entre la administración pública y el concesionario, y establece un marco para el seguimiento y evaluación del desempeño del concesionario durante la fase de explotación (Calafell, 1996).

Los contratos de concesión se caracterizan por su complejidad y duración prolongada, típicamente divididos en etapas bien definidas. Según Yescombe (2007), estas etapas permiten una gestión más eficiente del proyecto y una clara asignación de responsabilidades y riesgos entre las partes involucradas. Las dos etapas principales son:

1. *Construcción de la obra pública o inversiones previas (CAPEX):* en esta etapa, el concesionario realiza las inversiones necesarias para construir la obra pública o mejorar las instalaciones existentes. Esta fase requiere una inversión significativa por parte del concesionario y es fundamental para la viabilidad del proyecto.

En esta etapa inicial, el concesionario realiza las inversiones necesarias para construir la obra pública o mejorar las instalaciones existentes. Delmon (2010) señala que:

“La fase de CAPEX es crítica para el éxito del proyecto, ya que implica la mayor parte de la inversión y establece las bases para la futura operación” (p. 156).

Esta etapa se caracteriza por: (i) alta inversión inicial: el concesionario debe movilizar recursos financieros significativos, generalmente a través de una combinación de capital propio y financiamiento externo (Grimsey & Lewis, 2004).

(ii) riesgos de construcción: el concesionario asume los riesgos asociados con retrasos, sobrecostos y problemas técnicos durante la construcción (Vassallo & Izquierdo, 2010). (iii) supervisión estatal: aunque la ejecución está a cargo del concesionario, el Estado mantiene un rol de supervisión para asegurar el cumplimiento de los estándares y especificaciones acordados (Guasch, 2004).

2. *Explotación (OPEX)*: una vez completada la construcción, el concesionario explota la obra o servicio público por un período determinado, recuperando su inversión y obteniendo beneficios económicos a través de tarifas, peajes u otras formas de ingresos.

Una vez completada la construcción, el concesionario inicia la fase de explotación de la obra o servicio público. Martínez Calvo (2005) define esta etapa como: “El período durante el cual el concesionario opera y mantiene la infraestructura o servicio, recuperando su inversión y obteniendo beneficios económicos a través de tarifas, peajes u otras formas de ingresos” (p. 89).

Características clave de esta etapa incluyen:

1. *Generación de ingresos*: el concesionario comienza a percibir ingresos por la operación del servicio o infraestructura, que deben cubrir los costos operativos, el servicio de la deuda y proporcionar un retorno sobre la inversión (Estache & Saussier, 2014).

2. *Mantenimiento y operación*: el concesionario es responsable de mantener la infraestructura y operar el servicio según los estándares establecidos en el contrato (Guasch, 2004).

3. *Riesgos de demanda*: en muchos casos, el concesionario asume los riesgos asociados con la demanda del servicio, aunque pueden existir mecanismos de mitigación de riesgos en el contrato (Grimsey & Lewis, 2004).

4. *Control y regulación*: la administración pública mantiene un rol de supervisión y regulación para asegurar la calidad del servicio y el cumplimiento de las condiciones contractuales (Cassagne, 2018).

7.3 Estructura del contrato de concesión

La concesión es una figura jurídica mediante la cual el Estado otorga a un particular (concesionario) el derecho de explotar un servicio o bien público por un tiempo determinado, bajo ciertas condiciones y supervisión estatal (Pérez, 2018). Este tipo de contrato es común en sectores como infraestructura, telecomunicaciones, y servicios públicos.

7.3.1 Título del contrato

El título contractual constituye un elemento esencial para la correcta identificación del instrumento jurídico, pues permite delimitar de forma inmediata la naturaleza jurídica del acuerdo, diferenciándolo de otras modalidades contractuales del derecho administrativo, tales como los contratos de obra pública, de prestación de servicios, de suministro o de consultoría. En el contexto de la contratación delegada de servicios públicos o infraestructura mediante esquemas concesionales, el título debe indicar de manera expresa que se trata de un contrato de concesión, a fin de evitar ambigüedades legales o interpretativas (Yescombe, 2007; Guash, 2004). Elementos clave que debe contener el título:

a. Naturaleza jurídica del contrato: debe constar expresamente que se trata de un contrato de concesión, especificando si se refiere a la construcción, operación, mantenimiento o gestión de un servicio público o infraestructura. Esto delimita de forma inequívoca el marco normativo aplicable (p. ej., régimen de delegación previsto en la Constitución, el COA y las leyes sectoriales). Ejemplos adecuados incluyen: “Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación de una Obra Pública”, “Contrato de Concesión para la Gestión Integral del Sistema de Transporte Público de Guayaquil” “Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado en Cuenca”

b. Objeto específico del contrato: aunque puede detallarse en las cláusulas sustantivas, incluir una descripción breve del objeto en el título contribuye a mejorar la transparencia y comprensión pública del documento.

c. Identificación de las partes (opcional): aunque no es obligatorio en el título, en algunos casos se puede incluir una referencia a las partes

contratantes, particularmente cuando se trata de un acuerdo relevante o de alto perfil. Ejemplo: “Contrato de Concesión entre el Estado ecuatoriano y la Empresa Concesionaria XYZ para la Construcción y Operación del Hospital Público de Latacunga”.

El título no cumple únicamente una función formal o decorativa; su adecuada formulación tiene implicaciones jurídicas y prácticas relevantes:

1. *Claridad y transparencia*: permite a cualquier lector identificar de forma inmediata el objeto, modalidad contractual y ámbito del contrato, lo que resulta fundamental en contextos de control público, auditoría o fiscalización.
2. *Seguridad jurídica*: la identificación precisa del contrato facilita su interpretación y aplicación por parte de tribunales, órganos de control o entidades reguladoras.
3. *Eficiencia administrativa*: el título adecuado simplifica la gestión documental y la comunicación entre actores públicos y privados, especialmente en instituciones donde intervienen múltiples departamentos (finanzas, jurídicos, técnicos, etc.).

En la práctica internacional, especialmente en países como España, Chile o Colombia, es común que los contratos de concesión sean titulados de manera precisa, conforme a los principios de publicidad y transparencia (Rufián, 2012). Esta práctica puede y debe ser replicada en Ecuador, en cumplimiento de los artículos 226 y 227 de la Constitución, que obligan a las entidades públicas a actuar con eficiencia, responsabilidad y sujeción al principio de legalidad.

7.3.2 Preámbulo

El preámbulo o exposición de motivos es la sección inicial de un contrato de concesión donde se describen las partes involucradas, se justifican los antecedentes del contrato y se establecen los objetivos y beneficios esperados. Esta sección proporciona el contexto necesario para entender el propósito y la importancia del acuerdo, y es fundamental para asegurar que ambas partes compartan una comprensión común del proyecto y sus implicaciones (González, 2019).

Descripción de las partes involucradas: en esta parte del contrato se identifican claramente las partes que participan en el acuerdo de concesión, generalmente el concedente (entidad gubernamental o autoridad pública) y el concesionario (empresa privada o consorcio).

Concedente: se especifica el nombre, la naturaleza y la función de la entidad pública que otorga la concesión. Ejemplo: “El concedente es el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, entidad gubernamental responsable de la planificación y ejecución de políticas de transporte en el país” (Fernández, 2017).

Concesionario: Se indica el nombre, la naturaleza jurídica y la especialización del concesionario. Ejemplo: “El concesionario es la empresa ABC Infraestructuras S.A., especializada en la construcción y operación de autopistas” (López, 2019).

7.3.3 Justificación y antecedentes del contrato de concesión

Esta sección justifica la necesidad del contrato de concesión y proporciona un trasfondo histórico y contextual del proyecto. Incluye la explicación de por qué se ha optado por una concesión y los antecedentes que han llevado a la firma del contrato.

Necesidad del proyecto: se detallan las razones por las cuales el proyecto es necesario, cómo mejorar la infraestructura, promover el desarrollo económico, o proporcionar servicios públicos eficientes. Ejemplo: “La concesión de la autopista se justifica por la necesidad de mejorar la conectividad entre las principales ciudades del país, reducir los tiempos de viaje y promover el desarrollo económico regional” (Martínez, 2020).

Antecedentes: se mencionan los estudios previos, consultas públicas y decisiones gubernamentales que han precedido el contrato. Ejemplo: “Este contrato de concesión es el resultado de varios estudios de viabilidad y consultas públicas realizadas en los últimos cinco años, que han identificado la necesidad de mejorar la infraestructura vial” (Ruiz, 2021).

7.3.4 Objetivos y beneficios del contrato de concesión

Una sección fundamental en todo contrato de concesión es la explicitación de sus objetivos y beneficios esperados, tanto desde la perspectiva del concedente como desde la del interés público. La adecuada formulación de estos elementos permite alinear las expectativas de las partes involucradas y garantizar la coherencia con las políticas públicas sectoriales y los principios de eficiencia, eficacia y sostenibilidad.

El contrato debe establecer con claridad los fines que se persiguen mediante la delegación de la actividad o servicio público, entre los cuales destacan:

- a. Mejoramiento de la infraestructura existente o creación de nueva infraestructura crítica. Por ejemplo, “el principal objetivo del contrato es la construcción, operación y mantenimiento de una autopista de alta capacidad que mejore significativamente la infraestructura vial y promueva la conectividad regional” (Fernández, 2017).
- b. Incremento en la eficiencia operativa y calidad del servicio. Se espera que el operador privado incorpore prácticas modernas de gestión, tecnología y mantenimiento, lo cual redundará en mejores niveles de atención al usuario. Así, “se proyecta que el concesionario implemente sistemas de gestión avanzada que aseguren eficiencia y altos estándares de calidad en la prestación del servicio” (López, 2019).

Desde una perspectiva de valor público, el contrato debe detallar los beneficios esperados, desglosados entre los que impactan directamente a la ciudadanía y aquellos que contribuyen a una gestión pública más eficaz:

- a. *Para la población usuaria:* los beneficios incluyen mayor cobertura y accesibilidad, reducción de tiempos de desplazamiento, mejora en la seguridad vial o calidad del servicio. Por ejemplo, “el proyecto proporcionará beneficios directos a los usuarios, reduciendo los tiempos de viaje en un 30% y mejorando significativamente las condiciones de seguridad vial” (González, 2019).
- b. *Para el concedente y el Estado:* se espera la reducción de la carga financiera del Estado al transferirse parte de la inversión y operación al

sector privado, así como una distribución más eficiente de los riesgos. Tal como se ha indicado en experiencias previas, “el contrato permitirá al concedente transferir riesgos operativos al concesionario, lo que implica una disminución en la carga financiera y administrativa del Estado” (Martínez, 2020).

7.3.5 Fundamentos legales

Todo contrato de concesión debe estar respaldado por un marco legal expreso que regule la delegación de competencias estatales a actores privados. En el contexto ecuatoriano, estos fundamentos se encuentran, entre otros, en:

- a. La Constitución de la República del Ecuador, en particular los artículos 313 y 316, que regulan los sectores estratégicos y los regímenes de gestión.
- b. El Código Orgánico Administrativo (COA), que regula la contratación administrativa y los principios que rigen el ejercicio de la función pública.
- c. La Ley Orgánica de Empresas Públicas, para los casos en los que participen empresas públicas o mixtas.
- d. El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en lo relativo a la sostenibilidad fiscal y responsabilidad del gasto.
- e. Las leyes sectoriales aplicables (por ejemplo, la Ley de Transporte Terrestre, la Ley de Recursos Hídricos, etc.).
- f. Los decretos ejecutivos, ordenanzas municipales y reglamentos técnicos que desarrollan las condiciones específicas de cada proceso concesional.

La inclusión de estas referencias en el cuerpo del contrato garantiza su legalidad, facilita el control administrativo y judicial, y fortalece la seguridad jurídica (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2015).

7.3.6 Declaraciones y antecedentes

La sección de declaraciones y antecedentes en un contrato de concesión es fundamental para establecer el contexto, justificación y antecedentes del pro-

yecto concesional. Proporciona claridad sobre los objetivos del contrato y establece una base sólida para la cooperación entre el concedente y el concesionario. Esta sección asegura que todas las partes involucradas compartan una comprensión común del proyecto y sus implicaciones antes de proceder con la implementación.

En esta sección se proporciona una descripción del contexto en el cual se celebra el contrato de concesión. Se detalla la necesidad y el propósito de la concesión, estableciendo el marco general dentro del cual se desarrollará el proyecto. Ejemplo: “En el marco del Plan Nacional de Desarrollo 2024-2030, se ha identificado la necesidad de mejorar la infraestructura vial para fomentar el desarrollo económico y social. La construcción de la autopista se enmarca dentro de estos objetivos, buscando mejorar la conectividad entre regiones y facilitar el transporte de bienes y personas de manera eficiente y segura.”

Esta parte del contrato de concesión proporciona información detallada sobre los estudios previos, decisiones administrativas y otras acciones que han conducido a la formulación del contrato de concesión. Es importante establecer la base sobre la cual se fundamenta el proyecto concesional. Ejemplo: “En los últimos cinco años, se han realizado estudios de factibilidad y consultas públicas que han confirmado la viabilidad del proyecto de la Autopista Santo Domingo-Esmeraldas. Estos estudios han evaluado la demanda proyectada, los impactos ambientales y sociales, así como la viabilidad técnica y financiera del proyecto.”

En esta sección se detallan las razones específicas por las cuales se ha optado por el modelo de concesión para la realización del proyecto. Se destacan las ventajas y expectativas asociadas con este modelo de colaboración público-privada. Ejemplo: “La modalidad de concesión se justifica por la capacidad del sector privado para aportar capital y eficiencia en la gestión del proyecto, asegurando un servicio de calidad y sostenible a lo largo del tiempo. Además, se espera que el concesionario implemente innovaciones tecnológicas y asuma los riesgos operativos, reduciendo la carga financiera y administrativa para el Estado.”

7.3.7 Definiciones

La sección de definiciones y términos en los contratos de concesión aclaran y precisan los conceptos para el éxito de la concesión. Asegura que todas las partes comprendan claramente sus roles y responsabilidades, y proporciona una base sólida para la ejecución y resolución de cualquier disputa. Una buena práctica es revisar y actualizar estas definiciones conforme avanza el proyecto para adaptarse a posibles cambios en el contexto legal u operativo (González, 2019).

El uso de definiciones claras y precisas en los contratos buscan asegurar la correcta interpretación y cumplimiento de las obligaciones establecidas. Según Dromi (2004), la precisión terminológica en los contratos administrativos evita conflictos y facilita la supervisión y control por parte de la entidad concedente.

En cualquier contrato de concesión, es fundamental establecer claramente las definiciones y términos utilizados. Esto garantiza que todas las partes involucradas comprendan de manera inequívoca sus derechos y obligaciones, reduciendo el riesgo de malentendidos y conflictos (González, 2019).

La clarificación de términos en los contratos de concesión tiene varios propósitos:

- a. Evitar ambigüedades:* proporcionar significados precisos para términos técnicos y legales para prevenir interpretaciones contradictorias.
- b. Facilitar la ejecución del contrato:* asegurar la comprensión común de los términos por las partes interesadas, facilitando la implementación y el cumplimiento de las obligaciones contractuales.
- c. Establecer un marco jurídico claro:* crear una base sólida para la resolución de disputas, mediante el uso de definiciones como referencia objetiva en caso de desacuerdos.

Los términos clave en los contratos de concesión pueden ser:

- a. Concedente:* entidad pública o privada que otorga la concesión. Ejemplo: “El Estado, representado por el Ministerio de Transporte, en adelante denominado ‘el Concedente’” (González, 2019).
- b. Concesionario:* persona natural o jurídica que recibe la conce-

sión para explotar el servicio o bien público. Ejemplo: “La empresa XYZ, en adelante denominada ‘el Concesionario’” (Martínez, 2020).

c. *Concesión*: derecho otorgado al concesionario para explotar un bien o servicio público bajo ciertas condiciones y por un período específico. Ejemplo: “La concesión incluye la gestión, operación y mantenimiento de la autopista” (Fernández, 2017).

d. *Plazo de concesión*: duración total del contrato de concesión, incluyendo posibles prórrogas. Ejemplo: “El plazo de la concesión será de 20 años, contados a partir de la fecha de firma del contrato” (López, 2019).

e. *Canon de concesión*: pago que el concesionario debe realizar al concedente por el derecho de explotación. Ejemplo: “El concesionario pagará un canon anual de \$1,000,000 al concedente” (Ruiz, 2021).

f. *Obras e instalaciones*: infraestructura que debe ser construida, operada o mantenida por el concesionario. Ejemplo: “Las obras incluirán la construcción de dos puentes y tres túneles” (González, 2019).

g. *Servicios públicos*: servicios que el concesionario está obligado a prestar a la comunidad. Ejemplo: «El concesionario prestará el servicio de agua potable a las comunidades adyacentes» (Martínez, 2020).

h. *Reglamento operativo*: normas y procedimientos que el concesionario debe seguir para la operación del servicio o bien concesionado. Ejemplo: «El concesionario deberá seguir el reglamento operativo aprobado por el concedente» (Fernández, 2017).

i. *Sanciones*: penalidades aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales. Ejemplo: «El incumplimiento de las normas de seguridad será sancionado con una multa de \$50,000» (López, 2019).

j. *Resolución de controversias*: mecanismos establecidos para la solución de disputas entre las partes. Ejemplo: «Cualquier controversia será resuelta mediante arbitraje conforme a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional» (Ruiz, 2021).

k. *REEF*: el REEF se refiere a las cláusulas contractuales que permiten ajustar las condiciones económicas del contrato para restablecer el equilibrio financiero del concesionario en caso de eventos imprevistos que alteren significativamente el contexto económico en el que se desarrolla el proyecto. Estos eventos pueden incluir cambios

en la legislación, variaciones económicas sustanciales, o circunstancias extraordinarias que no estaban previstas en el momento de la firma del contrato (González, 2019). Ejemplo: «El concesionario deberá cumplir con los estándares establecidos en el REEF para minimizar el impacto ambiental y garantizar la sostenibilidad económica del proyecto» (González, 2019).

l. Step-In Rights: derechos que permiten al concedente o a los financiadores intervenir en la operación del concesionario en caso de incumplimiento significativo o insolvencia. Ejemplo: «En caso de incumplimiento crítico por parte del concesionario, el concedente tiene los step-in rights para tomar control temporal del proyecto y asegurar su continuidad» (Martínez, 2020).

m. Régimen de bienes: normativa que regula la propiedad, uso y transferencia de los bienes afectos a la concesión. Ejemplo: «Los bienes construidos por el concesionario durante el plazo de la concesión pasarán a ser propiedad del concedente al término del contrato, sin costo adicional» (Fernández, 2017).

n. Servicios conexos: los servicios conexos son aquellos servicios adicionales que el concesionario está autorizado a ofrecer junto con el servicio principal concesionado. Estos servicios tienen como objetivo complementar y mejorar la prestación del servicio principal, generando valor añadido tanto para los usuarios como para el concesionario y el concedente (Martínez, 2020). Ejemplo: «El concesionario podrá ofrecer servicios conexos como áreas de descanso y estaciones de servicio en la autopista concesionada, siempre que cuenten con la aprobación del concedente» (López, 2019).

o. CAPEX: gastos de capital incurridos en la construcción y adquisición de activos fijos.

p. OPEX: gastos operativos asociados al funcionamiento y mantenimiento de la obra o servicio.

q. Fecha de inicio: la fecha en que el concesionario comienza oficialmente la ejecución del contrato.

r. Plazo de la concesión: el periodo durante el cual el concesionario tiene el derecho y la obligación de operar el servicio o infraestructura.

7.3.8 Objeto del contrato

La determinación del objeto contractual constituye uno de los elementos estructurales esenciales de los contratos de concesión, al delimitar con precisión la infraestructura o servicio público a ser delegado, así como el conjunto de actividades que el concesionario deberá ejecutar durante el plazo contractual. Esta definición, además de ser una exigencia técnica, tiene implicaciones jurídicas directas en cuanto a la interpretación, ejecución y fiscalización del contrato.

El objeto del contrato debe establecer de manera clara, específica y detallada la finalidad del acuerdo. Por ejemplo, puede formularse de la siguiente manera: “El objeto del presente contrato es el diseño, construcción, operación y mantenimiento de la Autopista Santo Domingo–Esmeraldas, incluyendo sus obras complementarias, sistemas de control vial y estaciones de peaje”. Esta formulación evita ambigüedades y permite delimitar de forma objetiva los compromisos asumidos por las partes, especialmente por el concesionario.

El objeto contractual debe ir acompañado de una descripción del alcance funcional del contrato. Esto incluye todas las fases del ciclo de vida del proyecto que serán responsabilidad del operador privado. En el ejemplo propuesto, el concesionario asumiría las siguientes actividades:

- a. diseño de ingeniería de la autopista conforme a parámetros técnicos establecidos por la entidad pública;
- b. construcción de la obra principal y de infraestructura complementaria (viaductos, accesos, sistemas de drenaje, etc.);
- c. operación y gestión vial, que incluye el cobro de tarifas, el control de tráfico, la atención a emergencias y la seguridad operativa;
- d. mantenimiento preventivo y correctivo de toda la infraestructura, garantizando estándares de calidad y seguridad durante la vigencia del contrato.

Desde la perspectiva jurídica, una correcta definición del objeto contractual cumple una función integradora: vincula el objeto del contrato con el régimen normativo aplicable, incluyendo la Constitución, el Código Orgánico Administrativo (COA) y las leyes sectoriales específicas (por ejemplo, la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, para contratos en materia vial).

Además, una descripción precisa del objeto facilita la labor de fiscalización por parte de los órganos de control, reduce la discrecionalidad en la ejecución contractual y refuerza la seguridad jurídica tanto para la administración como para el concesionario (Calafell, 1996).

La experiencia internacional —particularmente en países como España, Chile y Colombia— ha demostrado que la incorporación de descripciones detalladas y completas del objeto contractual, junto con sus respectivos anexos técnicos, es una buena práctica recomendada por organismos multilaterales como el Banco Mundial y la OCDE. Esto permite asegurar la trazabilidad de las obligaciones del concesionario y mejora la rendición de cuentas ante los ciudadanos y los entes de fiscalización.

7.3.9 Plazo de la concesión

El plazo de duración del contrato de concesión constituye un elemento esencial de la planificación contractual y de la seguridad jurídica del proyecto. Esta cláusula debe establecer con precisión la vigencia temporal del vínculo contractual, incluyendo la fecha de inicio, la fecha de finalización, las condiciones de prórroga y su eventual término anticipado. La determinación adecuada del plazo tiene implicaciones directas sobre la recuperación de la inversión (CAPEX), la gestión operativa (OPEX) y la transferencia final de los activos.

De acuerdo con Acevedo (2002), la definición clara del plazo contractual permite garantizar la previsibilidad en la relación entre las partes, facilitar la planificación financiera y técnica del concesionario, y asegurar un marco adecuado para la fiscalización y control por parte de la entidad concedente. En proyectos de larga duración, como los contratos de diseño, construcción, operación y transferencia (DBOT), el plazo debe ser suficiente para permitir el retorno de la inversión y la amortización de los costos operativos, sin extenderse más allá de lo necesario para preservar el equilibrio económico del contrato.

En el presente caso, el plazo de la concesión ha sido definido en función de las características técnicas, financieras y operativas del proyecto, considerando tanto la fase de inversión inicial como la etapa de operación y mantenimiento. Los términos contractuales son los siguientes:

- a. duración inicial: plazo de concesión de 20 años, contados a partir de la fecha de inicio contractual.
- b. fecha de inicio: 1 de enero de 2025.
- c. fecha de finalización: 31 de diciembre de 2044.

Durante este periodo, el concesionario será responsable de la ejecución integral del proyecto, incluyendo el diseño y construcción de la infraestructura (CAPEX), así como su operación, mantenimiento y administración (OPEX).

El contrato podrá ser prorrogado por un periodo adicional de hasta 5 años, siempre que se cumplan las condiciones estipuladas en la normativa aplicable y en el propio contrato. La prórroga deberá ser solicitada por el concesionario con una anticipación mínima de seis meses antes de la fecha de finalización, y estará sujeta a la aprobación expresa y motivada de la entidad concedente. La decisión deberá sustentarse en criterios de interés público, desempeño satisfactorio del concesionario y la existencia de circunstancias que justifiquen la extensión del plazo.

7.3.10 Obligaciones del concesionario

La correcta delimitación de las obligaciones del concesionario garantiza la ejecución efectiva del proyecto y el cumplimiento de los niveles de servicio pactados. Estas obligaciones abarcan tanto la fase de inversión inicial (CAPEX), como la operación y mantenimiento del activo durante la vigencia del contrato (OPEX), en conformidad con los estándares técnicos y normativos aplicables.

Conforme señala Galarza y La Serna (2005), la definición precisa de las obligaciones del concesionario permite establecer un marco claro para la ejecución del contrato, reduciendo los riesgos de ambigüedad y los potenciales conflictos jurídicos. Además, una adecuada formulación contractual asegura la alineación entre los objetivos públicos y las capacidades del operador privado.

El concesionario estará obligado a ejecutar la construcción de la autopista conforme a las especificaciones técnicas y plazos establecidos en el Anexo A del presente contrato. Esta obligación incluye la obtención de permisos, cumplimiento de normas urbanísticas, ambientales y de seguridad, y la entrega de informes periódicos de avance físico-financiero.

Durante el plazo de la concesión, el concesionario deberá operar y mantener la autopista en condiciones óptimas de funcionalidad, accesibilidad y seguridad. Para ello, deberá implementar un plan de mantenimiento preventivo y correctivo conforme a los indicadores de desempeño definidos contractualmente. Las auditorías técnicas periódicas estarán a cargo de la entidad concedente o de una firma independiente designada.

El concesionario será responsable de la totalidad de las inversiones de capital necesarias para el desarrollo del proyecto (CAPEX), así como de la cobertura de los costos operativos, administrativos y de mantenimiento durante toda la vigencia de la concesión (OPEX). La recuperación de la inversión se realizará a través de los mecanismos de remuneración establecidos en el contrato, como tarifas, peajes u otros ingresos autorizados.

El concesionario deberá observar, en todas las etapas del proyecto, los estándares de calidad exigidos por la normativa sectorial, así como los compromisos específicos estipulados en los anexos contractuales. El incumplimiento injustificado de estas obligaciones podrá dar lugar a sanciones, penalidades, o incluso a la terminación anticipada del contrato, conforme a lo dispuesto en las cláusulas de resolución.

7.3.11 Obligaciones de la entidad concedente

La definición clara y precisa de las obligaciones de la entidad concedente garantiza la ejecución eficiente del contrato de concesión, el equilibrio de las prestaciones y la protección del interés público. Según Dromi (2004), en los contratos administrativos delegados, la presencia activa del concedente mediante funciones de supervisión, fiscalización y acompañamiento institucional constituye una garantía del cumplimiento de los fines públicos del contrato.

Esta sección detalla las principales responsabilidades del concedente en el marco del proyecto concesionado, que incluyen funciones de supervisión, control técnico, facilitación administrativa y garantía del marco regulatorio aplicable.

La entidad concedente deberá ejercer funciones de supervisión permanente sobre la ejecución del contrato, con el objeto de verificar el cumplimiento de las

obligaciones asumidas por el concesionario. Esta supervisión deberá realizarse a través de un equipo técnico especializado o mediante la contratación de una firma fiscalizadora independiente, conforme a los estándares establecidos en los pliegos y anexos contractuales.

La entidad concedente será responsable de efectuar inspecciones técnicas periódicas para verificar que la infraestructura y los servicios prestados por el concesionario se ajustan a los niveles de calidad definidos en el contrato. Estas inspecciones deberán documentarse mediante informes oficiales, que podrán dar lugar a observaciones, penalidades o requerimientos de corrección conforme a los mecanismos de cumplimiento pactados.

La entidad concedente tendrá la obligación de proporcionar al concesionario la información, coordinación interinstitucional y asistencia necesaria para la obtención de permisos, licencias, servidumbres, autorizaciones ambientales y demás trámites requeridos para la ejecución del proyecto. Este deber de facilitación no implica sustitución de responsabilidades del concesionario, pero sí una colaboración activa en su cumplimiento.

Adicionalmente, el concedente deberá velar por el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato y actuar en resguardo del interés público. En caso de que se presenten eventos imprevisibles o alteraciones sustanciales de las condiciones contractuales, la entidad deberá activar los mecanismos de revisión, compensación o ajuste conforme al marco legal aplicable.

7.3.12 Régimen económico y financiero

La sostenibilidad del proyecto depende en gran medida de que el concesionario tenga garantías suficientes para recuperar su inversión inicial (CAPEX), cubrir los costos operativos (OPEX) y obtener una rentabilidad razonable conforme a las condiciones de mercado y los riesgos asumidos. Perugachi (2004) señala que una adecuada estructuración de los aspectos económicos del contrato debe incluir la determinación explícita de las tarifas, los mecanismos de ajuste, los métodos de financiamiento y los criterios de revisión periódica, a fin de garantizar la estabilidad financiera del contrato y su aceptabilidad para el sector privado.

Las tarifas que serán cobradas por el uso de la infraestructura o la prestación del servicio concesionado deberán constar expresamente en el contrato o en sus anexos. En el presente caso, las tarifas aplicables al uso de la autopista estarán determinadas en el Anexo B del contrato y podrán ser ajustadas anualmente con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC), conforme al mecanismo establecido en la cláusula de ajuste tarifario.

En el evento de que el modelo concesional contemple pagos directos del concedente al concesionario (p. ej., pagos por disponibilidad), estos deberán seguir el cronograma establecido en el contrato. En esquemas autofinanciados, los ingresos del concesionario provendrán exclusivamente de las tarifas cobradas a los usuarios.

El concesionario estará obligado a presentar un plan de financiamiento que identifique las fuentes de recursos (capital propio, financiamiento bancario, emisiones de deuda, entre otros) y describa el esquema de recuperación de la inversión, incluyendo los plazos y condiciones de repago. Este plan deberá estar alineado con el modelo financiero base aprobado durante la estructuración del proyecto.

El contrato establecerá mecanismos de revisión de tarifas cada cinco años, o en eventos específicos previamente definidos, como alteraciones macroeconómicas sustanciales o modificaciones regulatorias que afecten el equilibrio económico-financiero del contrato. Tales revisiones deberán efectuarse conforme a principios de transparencia, proporcionalidad y sujeción al interés público.

7.3.13 Garantías y seguros

En los contratos de concesión, las garantías y seguros representan mecanismos clave para proteger el interés público, mitigar riesgos y asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el concesionario. Tal como señala Sandoval (2001), la incorporación de estos instrumentos permite al concedente prevenir escenarios de incumplimiento, así como responder frente a contingencias que pudieran afectar la ejecución, operación o sostenibilidad del proyecto.

En la práctica comparada, y conforme a los lineamientos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la adecuada estructuración de garantías y seguros constituye una buena práctica en la gestión de asociaciones público-privadas, contribuyendo al fortalecimiento del marco de gobernanza y a la reducción de los costos de transacción y financiamiento (BID, 2020; OCDE, 2012).

1. Tipología de garantías contractuales: la naturaleza de los contratos de concesión, generalmente de largo plazo y con significativas obligaciones de inversión y mantenimiento, exige un esquema de garantías diferenciado según la fase del proyecto. Entre las más frecuentes se encuentran:

a. *garantía de seriedad de la oferta*: asegura la firmeza de la propuesta presentada por el oferente durante el proceso de licitación. Suele exigirse por un monto equivalente al 1% o 2% del presupuesto referencial del contrato (CAF, 2014).

b. *garantía de cumplimiento*: tiene por objeto respaldar el cumplimiento de las obligaciones contractuales principales. En Ecuador, conforme a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su valor puede oscilar entre el 5% y el 10% del monto total del contrato, dependiendo del tipo de obra y el nivel de riesgo asumido por el concesionario (Asamblea Nacional, 2008, arts. 73 y 74).

c. *garantía de pago de obligaciones laborales y sociales*: previene el incumplimiento de obligaciones laborales, especialmente en contratos donde el concesionario emplea personal para la prestación del servicio público.

d. *garantía de mantenimiento o de calidad*: asegura que el concesionario responderá por defectos constructivos o de funcionamiento durante el período de garantía técnica posterior a la ejecución de obras.

e. *garantía de reversión de bienes*: cubre los eventuales costos de restitución de los bienes al concedente al finalizar el contrato, garantizando su integridad física, funcional y jurídica (BID, 2020).

2. Seguros obligatorios: además de las garantías contractuales, el concesionario deberá contratar seguros que cubran los distintos riesgos asociados al desarrollo del proyecto, tales como:

- a. *seguro todo riesgo de construcción*: cubre daños materiales durante la etapa de obras, incluyendo eventos como desastres naturales, fallas de materiales y errores de ejecución.
- b. *seguro de responsabilidad civil*: cubre los daños que puedan afectar a terceros como resultado de la ejecución del contrato, tanto en su fase constructiva como en la operativa.
- c. *seguro de interrupción del negocio*: cubre pérdidas económicas derivadas de la suspensión del servicio, protegiendo la continuidad operativa y la recuperación financiera.
- d. *seguro de riesgo político (cuando se trate de inversión extranjera)*: protegen contra eventos como expropiaciones, alteraciones regulatorias o disturbios sociales (Mora, 2015).

Las condiciones mínimas de cobertura, deducibles, exclusiones y vigencias deberán establecerse en los anexos técnicos del contrato y serán revisadas periódicamente por el ente concedente.

Las garantías y pólizas de seguros deberán ser presentadas dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la suscripción del contrato, salvo disposición expresa en contrario. Su vigencia deberá extenderse durante todo el período de ejecución y operación del proyecto, incluidas las prórrogas contractuales, y su no presentación o renovación podrá constituir causal de suspensión o terminación anticipada del contrato, conforme a la legislación aplicable.

Este conjunto de instrumentos no solo contribuye a garantizar la adecuada ejecución de los proyectos de concesión, sino que también fortalece la confianza de los actores públicos y privados en los procesos de participación público-privada, al establecer reglas claras de resguardo y distribución de riesgos.

7.3.14 Mecanismos de supervisión y control

En los contratos de concesión, los mecanismos de supervisión, fiscalización y auditoría constituyen componentes esenciales para garantizar el cumplimiento

de las obligaciones contractuales, proteger el interés público y promover una gestión transparente y eficiente del proyecto. Estos instrumentos permiten ejercer controles preventivos, concurrentes y posteriores, que aseguran la calidad de la infraestructura, la continuidad del servicio y la integridad en el uso de los recursos asignados.

La doctrina especializada y las mejores prácticas internacionales coinciden en que la adecuada separación de funciones entre supervisión técnica, fiscalización integral, administración contractual y auditorías externas permite fortalecer la gobernanza de los contratos y anticipar posibles desviaciones o riesgos contractuales (CAF, 2014; BID, 2020; OCDE, 2012).

1. Administración contractual: la administración del contrato recae en una unidad técnica y jurídica de la entidad concedente, responsable del seguimiento integral del cumplimiento de las cláusulas contractuales. Entre sus principales funciones se encuentran:

- a. verificar el cumplimiento de plazos contractuales, estándares de servicio e hitos operativos.
- b. revisar, aprobar u observar los informes entregados por el concesionario.
- c. emitir requerimientos de subsanación frente a incumplimientos.
- d. coordinar la ejecución de sanciones contractuales o la aplicación de medidas correctivas.

2. Supervisión técnica: la supervisión técnica se enfoca en el control directo y especializado de la ejecución física del proyecto. Puede ser realizada por personal interno del concedente o mediante la contratación de terceros con independencia técnica. Sus actividades principales incluyen:

- a. inspecciones periódicas en campo para verificar avances de obra y cumplimiento de especificaciones técnicas.
- b. evaluación de la calidad de los materiales y métodos constructivos.
- c. revisión del cumplimiento del cronograma y de los niveles de servicio pactados.

d. emisión de informes técnicos mensuales con recomendaciones correctivas.

3. Fiscalización integral: la fiscalización tiene un enfoque más amplio que la supervisión técnica. Se orienta al control multidimensional del proyecto, abarcando aspectos administrativos, financieros, sociales, ambientales y contractuales. En los contratos de alta complejidad, esta función suele ser asumida por firmas consultoras especializadas, seleccionadas por concurso público. Entre sus funciones destacan:

- a. verificar el cumplimiento integral del contrato, incluyendo obligaciones sociales y ambientales.
- b. controlar la ejecución del plan de inversiones y el cumplimiento del cronograma contractual.
- c. emitir informes trimestrales o semestrales para consolidar hallazgos y recomendaciones.
- d. Actuar como instancia de verificación técnica para la aplicación de reajustes o sanciones.

4. Auditorías: las auditorías constituyen un mecanismo de control posterior que tiene por finalidad examinar la razonabilidad de los estados financieros del proyecto, la legalidad de las actuaciones del concesionario y la eficacia de los sistemas de control interno. Pueden clasificarse en:

- a. auditorías internas: realizadas por la unidad de control interno de la entidad concedente, conforme a su planificación anual.
- b. auditorías externas: contratadas con firmas independientes, con especialidad en gestión pública o concesiones.
- c. auditorías por entes de control: autorizadas para intervenir y verificar el cumplimiento de la normativa aplicable y la eficiencia del contrato, como la Contraloría General del Estado (Contraloría General del Estado, 2022).

Las auditorías se complementan con los informes periódicos del concesionario y los informes técnicos de fiscalización y supervisión.

5. Informes y obligaciones del concesionario: para garantizar un flujo de información constante y verificable, el concesionario deberá cumplir con un régimen de reportes periódicos, entre los cuales se incluyen:

- a. informes mensuales de avance técnico, con evidencias gráficas y documentales.
- b. informes trimestrales de gestión operativa, incluyendo indicadores de calidad del servicio, mantenimiento, atención a usuarios y niveles de cumplimiento.
- c. informes financieros semestrales, con detalle de ingresos, egresos, inversiones realizadas y evolución del plan financiero.
- d. informe anual de cumplimiento global del contrato, ajustado al formato aprobado por la entidad concedente.

7.3.15 Principios

El régimen de las concesiones se sustenta en un conjunto de principios jurídicos fundamentales que orientan su diseño, implementación, ejecución y supervisión. Estos principios permiten equilibrar los intereses públicos y privados, garantizando la legalidad, la eficiencia y la legitimidad de los contratos en los que el Estado delega la gestión de servicios o infraestructura a actores privados. Su observancia es indispensable para preservar la seguridad jurídica, proteger el interés general y fomentar la inversión responsable (García de Enterría & Fernández, 2004; Marienhoff, 1998; BID, 2020).

A continuación, se desarrollan los principales principios aplicables a los contratos de concesión:

1. *Principio de buena fe*: la buena fe constituye un estándar ético-jurídico transversal a todo el ordenamiento jurídico, y adquiere especial relevancia en el ámbito de las concesiones. Este principio implica que las partes deben actuar con honestidad, lealtad y cooperación mutua durante todas las fases del contrato —desde la licitación, adjudicación y negociación, hasta su ejecución y eventual terminación—. La buena fe exige el cumplimiento leal de los compromisos adquiridos, evitando conductas abusivas, dilatorias o que perjudiquen injustificadamente a la contraparte (Cabanelas, 2005).

2. *Principio de *acta sunt servanda**: Este principio, de origen latino, establece que los contratos deben cumplirse tal como fueron pactados, conforme a lo acordado por las partes y dentro del marco de la buena fe. En el contexto de las concesiones, el *pacta sunt servanda* garantiza la estabilidad y previsibilidad de la relación contractual, brindando

confianza tanto al concedente como al concesionario, y sentando las bases para una inversión segura y de largo plazo (García de Enterría & Fernández, 2004).

3. *Principio de equilibrio económico-financiero*: uno de los elementos estructurales de los contratos de concesión es el mantenimiento del equilibrio económico-financiero. Este principio busca asegurar que las condiciones originalmente pactadas —en cuanto a ingresos, inversiones, riesgos y costos— se mantengan a lo largo del contrato, salvo en casos de fuerza mayor, cambios regulatorios, hechos del príncipe o riesgos no atribuibles al concesionario. Cuando dicho equilibrio se rompe, debe aplicarse un mecanismo de reequilibrio que restablezca la simetría contractual sin enriquecer ni empobrecer injustamente a ninguna de las partes (Marienhoff, 1998; BID, 2020).

4. *Principio de interés público*: la razón de ser de los contratos de concesión es la satisfacción del interés público. Este principio impone al Estado el deber de asegurar que la concesión contribuya al bienestar general, garantice el acceso equitativo al servicio, y se ejecute conforme a los objetivos de desarrollo y sostenibilidad definidos en la normativa constitucional y legal. El interés público actúa como límite material de la autonomía de la voluntad y como criterio rector en la interpretación y ejecución del contrato (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 3; OCDE, 2012).

5. *Principio de transparencia*: la transparencia exige que todos los procesos relacionados con la concesión —incluidos los de planificación, licitación, adjudicación, ejecución y supervisión— se desarrollen de forma abierta, con acceso a la información y mecanismos efectivos de rendición de cuentas. Este principio fortalece la legitimidad institucional, promueve la confianza ciudadana y reduce los riesgos de corrupción o captura regulatoria (BID, 2020; OCDE, 2012).

6. *Principio de no discriminación*: los procedimientos para el otorgamiento de concesiones deben garantizar condiciones de igualdad y no discriminación entre los posibles oferentes, promoviendo la libre competencia y la competencia efectiva. Este principio asegura que todos los participantes potenciales tengan acceso equitativo al proceso, evitando barreras arbitrarias o prácticas restrictivas de la competencia, y asegurando que la selección del concesionario se base exclusivamente en criterios objetivos y legales (CAF, 2014).

Además de los principios mencionados, la doctrina y la jurisprudencia reconocen otros principios aplicables a los contratos de concesión, como el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, el principio de eficiencia administrativa, el principio de sostenibilidad, el principio de reversión y el principio de continuidad del servicio. La aplicación armónica de estos principios permite que la actividad delegada se mantenga orientada al interés general, bajo un marco de responsabilidad, equilibrio y control.

7.3.16 Servicios conexos del concesionario

La incorporación de servicios conexos en los contratos de concesión constituye una práctica consolidada en los modelos contemporáneos de gestión de infraestructura y prestación de servicios públicos. Estos servicios, aunque no forman parte del objeto principal de la concesión, se integran funcionalmente al mismo y tienen por finalidad complementar, facilitar o mejorar la experiencia del usuario, así como optimizar el uso de la infraestructura existente y diversificar las fuentes de ingresos del concesionario (López, 2019).

Desde una perspectiva jurídico-contractual, la inclusión de servicios conexos debe estar expresamente autorizada y regulada de forma clara, precisa y detallada en el contrato de concesión, de modo que no genere ambigüedades en cuanto a su alcance, condiciones de operación, impacto económico y mecanismos de control. Esto permite asegurar su compatibilidad con los fines públicos del contrato y evita posibles controversias sobre su legalidad o sobre los beneficios que de ellos se deriven (Ruiz, 2021; CAF, 2014).

Los servicios conexos representan una herramienta de valor agregado tanto para el concesionario como para la entidad concedente. Su adecuada regulación puede tener impactos positivos en múltiples dimensiones:

- a. *Diversificación de ingresos*: permiten al concesionario generar flujos adicionales de recursos, reduciendo la dependencia del ingreso vinculado al servicio principal y mejorando la sostenibilidad financiera del contrato (González, 2019).
- b. *Mejora de la experiencia del usuario*: incrementan la comodidad, seguridad y accesibilidad del usuario final, fortaleciendo la percepción social del proyecto.

- c. *Optimización de la infraestructura existente*: aprovechan activos ya construidos para ampliar la gama de servicios, reduciendo la necesidad de nuevas inversiones.
- d. *Desarrollo económico local*: promueven actividades económicas complementarias en las zonas aledañas a la concesión, generando empleo y dinamismo territorial (Ruiz, 2021).

En función de la naturaleza del contrato y del servicio concesionado, es posible identificar distintas categorías de servicios conexos, entre las cuales destacan:

- a. áreas de descanso y estaciones de servicio: espacios equipados con baños, tiendas, restaurantes y facilidades para el descanso de los usuarios en corredores viales concesionados (López, 2019).
- b. servicios comerciales: tiendas, quioscos y centros comerciales integrados a terminales, estaciones o puntos estratégicos de infraestructura pública (Martínez, 2020).
- c. estacionamientos: zonas destinadas al aparcamiento de vehículos en estaciones de transporte, aeropuertos o centros administrativos concesionados (Fernández, 2017).
- d. publicidad y arriendo de espacios: autorización para comercializar espacios publicitarios en la infraestructura concesionada, como vallas, pantallas LED o mobiliario urbano (González, 2019).
- e. servicios tecnológicos: provisión de Wi-Fi, estaciones de carga, servicios de telecomunicaciones u otras soluciones digitales vinculadas a la infraestructura (Ruiz, 2021).
- f. talleres de mantenimiento y reparación: establecimientos para servicios técnicos y mecánicos asociados al uso de la infraestructura, especialmente en proyectos de transporte terrestre (López, 2019).

Para evitar arbitrariedades o conflictos contractuales, la prestación de servicios conexos debe estar sujeta a una regulación expresa en el contrato de concesión, con al menos los siguientes elementos:

- a. descripción detallada de los servicios autorizados: identificación clara de cada tipo de servicio conexo permitido, su naturaleza, ubicación y vínculo funcional con el objeto principal de la concesión.

- b. condiciones operativas y normativas aplicables: estándares técnicos, de seguridad, ambientales y de atención al usuario como obligación de cumplirse para operar los servicios adicionales.
- c. autorización y control por parte del concedente: procedimientos administrativos para la aprobación, supervisión y, de ser el caso, modificación o revocatoria de la autorización para prestar estos servicios.
- d. distribución de beneficios o ingresos: establecimiento de mecanismos para la eventual participación del concedente en los ingresos generados por estos servicios, conforme a criterios de equidad, proporcionalidad y eficiencia económica (González, 2019).

7.3.17 Step-in rights en los contratos de concesión

Los step-in rights constituyen una cláusula contractual indispensable en los contratos de concesión moderna, orientada a garantizar la continuidad, calidad y estabilidad jurídica de los servicios públicos delegados. Se trata de derechos contractuales otorgados al concedente o a los financiadores del proyecto, que les permiten intervenir temporalmente en la operación del concesionario cuando se presentan situaciones críticas, tales como incumplimientos graves, insolvencia o riesgos a la seguridad o al medio ambiente (Martínez, 2020).

La finalidad de estos derechos es preservar el interés público y proteger las inversiones privadas, asegurando la prestación ininterrumpida del servicio o la conservación de la infraestructura concesionada (Ruiz, 2021). Los step-in rights se activan como una medida excepcional, dentro de un marco legal previamente definido, que delimita tanto las causas que justifican su ejercicio como el procedimiento aplicable y sus efectos temporales (González, 2019).

El reconocimiento y regulación de estos derechos en los contratos de concesión permite cumplir con diversos objetivos fundamentales:

1. *Garantía de continuidad del servicio*: se evita la interrupción de servicios públicos esenciales ante crisis operativas del concesionario.
2. *Protección de las inversiones*: los financiadores del proyecto pueden activar sus propios derechos de intervención para preservar el valor de su inversión ante el deterioro de la gestión del concesionario.

3. *Mantenimiento de la calidad del servicio*: la intervención permite adoptar medidas correctivas inmediatas para restablecer estándares técnicos, operativos o ambientales.

4. *Seguridad jurídica*: la inclusión de step-in rights proporciona un marco legal claro y previsible para la intervención, reduciendo la exposición a riesgos regulatorios o litigiosos (González, 2019; BID, 2020).

Los contratos suelen prever una serie de eventos que habilitan el ejercicio de estos derechos, entre los cuales se encuentran:

1. *incumplimiento contractual grave*: por ejemplo, la omisión en el mantenimiento de la infraestructura, el deterioro del servicio, o la inobservancia de obligaciones contractuales sustanciales.

2. *insolvencia o crisis financiera del concesionario*: incluyendo supuestos de quiebra, suspensión de pagos, o pérdida de capacidad financiera para operar el proyecto.

3. *riesgos a la seguridad pública o al medio ambiente*: riesgo inminente a la salud, seguridad o sostenibilidad del entorno provocado por las operaciones del concesionario.

El ejercicio de los step-in rights debe seguir un procedimiento previamente establecido en el contrato, que garantice el debido proceso y evite arbitrariedades:

1. *Notificación formal*: el concedente o el financiador deberá notificar por escrito al concesionario la intención de ejercer los step-in rights, especificando los fundamentos contractuales y fácticos.

2. *Evaluación técnica o auditoría*: se podrá realizar una inspección o auditoría que fundamente la necesidad de intervención, estableciendo la gravedad y urgencia del incumplimiento.

3. *Intervención temporal*: el concedente o financiador asume el control del proyecto, directamente o a través de un operador sustituto, con el fin de estabilizar la operación.

4. *Restitución del control*: una vez superada la situación crítica, el control será devuelto al concesionario, o se procederá a una nueva adjudicación conforme a lo pactado.

7.3.18 Régimen de sanciones

El régimen sancionatorio en los contratos de concesión constituye un instrumento fundamental para garantizar la ejecución efectiva de las obligaciones contractuales, preservar el equilibrio entre las partes y proteger tanto el interés público como la integridad del servicio delegado. La posibilidad de aplicar sanciones claras, proporcionales y previamente establecidas fortalece la seguridad jurídica, previene incumplimientos y contribuye a mantener la disciplina contractual (BID, 2020; Marienhoff, 1998).

Las sanciones deben estar expresamente previstas en el contrato, definidas con precisión en cuanto a sus causas, procedimiento, cuantía o efectos, y aplicables conforme al principio de legalidad y al derecho a la defensa del concesionario. Su naturaleza puede ser pecuniaria, contractual, operativa o incluso reputacional, dependiendo de la gravedad del incumplimiento, su reincidencia, el impacto al servicio y las cláusulas pactadas por las partes (CAF, 2014).

A continuación, se describen los tipos más comunes de sanciones aplicables en los contratos de concesión:

1. Sanciones Pecuniarias
 - a. Multas económicas: se aplican por el incumplimiento de obligaciones específicas, como retrasos en la ejecución de obras, fallas en el mantenimiento, ausencia de reportes, o violación de condiciones contractuales. (Martínez, 2020).
 - b. Penalidades por incumplimiento de indicadores de desempeño: muchos contratos establecen niveles mínimos de servicio y estándares de calidad, cuya infracción genera sanciones automáticas. (González, 2019).

2. Sanciones Contractuales
 - a. Reducción de pagos o compensaciones: los pagos al concesionario pueden ajustarse proporcionalmente al nivel de cumplimiento o incumplimiento del servicio pactado. (CAF, 2014).
 - b. Suspensión temporal del contrato o del servicio: puede aplicarse como medida preventiva o correctiva ante incumplimientos graves que no ameriten, aún, la terminación. (López, 2019).

c. Terminación anticipada del contrato: es la sanción más grave, aplicable en caso de incumplimientos esenciales, reiterados o no corregidos dentro de los plazos contractuales. (Fernández, 2017).

3. Sanciones Operativa

a. Intervención o sustitución del operador: puede implicar el uso de step-in rights o la designación temporal de un operador sustituto. (BID, 2020).

b. Retención o ejecución de garantías: el concedente puede hacer efectivas las garantías de cumplimiento, de calidad o de mantenimiento, como mecanismo sancionador. (González, 2019).

4. Sanciones Reputacionales o Institucionales

a. Registro de infractores o lista de proveedores incumplidos: el concesionario puede ser inscrito en bases de datos públicas que le impidan contratar con otras entidades por un período determinado. (OCDE, 2012).

b. Informes negativos de cumplimiento: emitidos por la entidad concedente o por órganos de control, estos informes pueden afectar la reputación del operador en futuras licitaciones.

El régimen sancionador debe aplicarse conforme a los principios de legalidad, tipicidad, debido proceso, proporcionalidad y razonabilidad. Es fundamental que el contrato:

1. Establezca con claridad los hechos sancionables y las consecuencias correspondientes.
2. Defina el procedimiento de imposición de sanciones, incluyendo el derecho a ser oído, plazos para descargos y mecanismos de apelación.
3. Permita una respuesta proporcional al nivel de daño causado, evitando la imposición de sanciones excesivas o arbitrarias.

3.3.19 Resolución de controversias en los contratos de concesión

En los contratos de concesión, la previsión de mecanismos adecuados para la resolución de controversias y para la extinción del contrato constituye una exi-

gencia fundamental para preservar la seguridad jurídica, el equilibrio contractual y la continuidad del servicio público. Dada la naturaleza compleja y prolongada de estos contratos, es esperable que surjan conflictos entre las partes, así como eventos que justifiquen su terminación. Por esta razón, los instrumentos contractuales deben establecer procedimientos claros, progresivos y efectivos tanto para la gestión de disputas como para regular las causas y efectos de la finalización del vínculo jurídico (García de Enterría & Fernández, 2004; Marienhoff, 1998).

En cuanto a la resolución de controversias, el diseño contractual debe contemplar un sistema escalonado de solución de conflictos, que priorice el diálogo directo entre las partes, evite la judicialización innecesaria y promueva soluciones técnicas y eficientes. En una primera etapa, las partes están obligadas a intentar una negociación directa y de buena fe dentro de un plazo razonable, usualmente establecido entre treinta y sesenta días desde la notificación del conflicto (González, 2019). Si esta negociación no logra resolver la controversia, podrá acudir a mecanismos alternativos como la mediación, la cual permite la intervención de un tercero neutral que facilita el diálogo, pero no impone una solución. Solo en caso de que estas etapas no resulten exitosas, las partes podrán someter la disputa a arbitraje, sea nacional o internacional, según lo pactado contractualmente, siendo este un procedimiento vinculante y con efectos equivalentes a una sentencia judicial. Estos mecanismos deben estar previstos en una cláusula contractual, indicando los plazos, la normativa aplicable y la institución competente para su administración, garantizando con ello la previsibilidad y eficacia en el tratamiento de los conflictos contractuales (Martínez, 2020; López, 2019; BID, 2020).

Por otra parte, la extinción del contrato de concesión puede originarse por diversas causas, tanto naturales como sobrevenidas, y debe regularse de forma exhaustiva en el propio contrato. Una de las formas más comunes de extinción es el cumplimiento del plazo contractual. En este caso, una vez transcurrido el período de vigencia acordado, y siempre que no exista renovación o prórroga válida, el contrato se extingue automáticamente, sin necesidad de declaración adicional (Fernández, 2017). Otra forma legítima de terminación es el acuerdo mutuo entre las partes, lo cual puede responder a una reconfiguración del proyecto, a un cambio en las condiciones de ejecución o al simple desistimien-

to conjunto del vínculo, siempre que se respeten los procedimientos y efectos previstos contractualmente (Martínez, 2020).

De igual forma, la extinción puede derivarse del incumplimiento contractual. Cuando una de las partes —usualmente el concesionario— incurre en un incumplimiento grave, reiterado o no corregido dentro de los plazos otorgados, el concedente podrá declarar la terminación anticipada del contrato, previa sustanciación del procedimiento establecido en el instrumento contractual (González, 2019). También es posible que el concesionario invoque la terminación por incumplimiento del concedente, especialmente cuando se afecta de forma sustancial la ejecución del contrato, como en los casos de omisión de pagos, inacción injustificada o incumplimiento de obligaciones esenciales (CAF, 2014). En determinados ordenamientos jurídicos, además, la administración puede declarar unilateralmente la caducidad del contrato por razones de interés público o por la verificación de infracciones graves que comprometan la finalidad del contrato o la legalidad de su ejecución (Ruiz, 2021).

La fuerza mayor o la imposibilidad sobrevenida constituyen, asimismo, causales legítimas de terminación, siempre que se configuren hechos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que impidan de forma definitiva la continuación del proyecto concesionado. En todos los casos, la extinción del contrato debe seguir un procedimiento formal, que comienza con la notificación escrita de la decisión de una de las partes, seguida de un proceso de verificación técnica y legal que sustente la terminación y respete el derecho a la defensa (López, 2019).

Los efectos de la terminación incluyen la liquidación de las obligaciones mutuas, la práctica de auditorías técnicas, administrativas y financieras, la devolución de pagos indebidos, el pago de compensaciones —cuando así se justifique— y, sobre todo, la reversión al Estado de los bienes afectos a la concesión. Esta reversión debe producirse conforme a lo previsto en el contrato, garantizando que los bienes públicos —especialmente aquellos que hayan sido construidos, mejorados o adquiridos con recursos vinculados al proyecto— sean entregados al concedente en buen estado y sin costo adicional, de conformidad con los principios de intangibilidad del dominio público y de continuidad del servicio (García de Enterría & Fernández, 2004; BID, 2020).

3.3.20 Régimen de bienes

El régimen de sanciones, la resolución de controversias y el régimen de bienes constituyen elementos estructurales esenciales dentro de los contratos de concesión. Estos componentes operan como mecanismos de control, ejecución y cierre del vínculo contractual, garantizando que el proyecto se desarrolle conforme a los términos establecidos, con eficiencia operativa, seguridad jurídica y adecuada protección del interés público. En particular, el régimen de sanciones y solución de controversias permite responder de manera proporcional a los incumplimientos contractuales y resolver los desacuerdos entre las partes, mientras que el régimen de bienes regula la titularidad, uso, conservación y transferencia de los activos involucrados, tanto durante la ejecución del contrato como al momento de su terminación.

El régimen de bienes tiene por finalidad establecer con claridad la propiedad y destino de los activos físicos y operativos utilizados en el marco del proyecto concesionado. A través de este régimen se determina qué bienes permanecen en propiedad del concedente, cuáles pueden ser de titularidad del concesionario y qué activos serán objeto de reversión al término de la concesión. Esta distinción permite evitar ambigüedades respecto a los derechos patrimoniales sobre los bienes y facilita una adecuada fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento, inversión y reposición (García de Enterría & Fernández, 2004).

En primer lugar, algunos bienes pueden pertenecer al concedente desde el inicio del contrato, en particular aquellos que son esenciales para la prestación del servicio público o que forman parte del dominio público. En estos casos, el concesionario solo accede al uso y goce de dichos bienes por el plazo de la concesión, sin adquirir derechos de propiedad sobre ellos. Así, por ejemplo, se establece que los terrenos, edificios e infraestructura básica sean de titularidad estatal, aunque gestionados temporalmente por el operador privado (Fernández, 2017).

En segundo lugar, el contrato puede autorizar que ciertos bienes no esenciales —como equipamiento móvil, herramientas auxiliares o mobiliario— sean adquiridos y utilizados por el concesionario, quien mantiene su titularidad sobre ellos, sin perjuicio de su obligación de conservarlos en condiciones óptimas de

funcionamiento durante la vigencia del contrato (González, 2019). Esta distinción favorece la flexibilidad operativa sin comprometer la integridad del servicio público.

Por otra parte, uno de los aspectos más relevantes del régimen de bienes es la figura de los bienes de reversión. Se trata de activos que, aun cuando han sido adquiridos, construidos o financiados por el concesionario, están directamente vinculados a la ejecución del contrato y, por tanto, deben ser transferidos al concedente una vez finalizada la concesión, sin compensación adicional, salvo disposición expresa en contrario. Esta reversión automática, prevista en la mayoría de las legislaciones sobre contratación pública, responde a la lógica de que dichos bienes se integran funcionalmente al servicio público delegado y, por tanto, deben retornar al Estado para asegurar la continuidad del servicio (Martínez, 2020).

El procedimiento de transferencia de bienes se inicia con la elaboración de un inventario detallado al comienzo del contrato, que identifica todos los activos físicos afectados al proyecto, incluyendo su estado, ubicación, funcionalidad y valor referencial. Este inventario constituye el punto de partida para la posterior fiscalización y liquidación contractual (Ruiz, 2021). Durante la ejecución de la concesión, el concesionario está obligado a realizar el mantenimiento, reposición y renovación de los bienes, conforme a los estándares técnicos acordados, a fin de preservar su valor funcional y garantizar que sean entregados en condiciones operativas al finalizar el contrato (López, 2019).

Finalmente, al momento de la extinción del vínculo contractual, el concesionario debe entregar los bienes afectos a la concesión conforme al inventario actualizado y a las condiciones estipuladas contractualmente, asegurando su correcto funcionamiento y estado de conservación. Esta obligación de entrega final es fundamental para garantizar la transición eficiente de la gestión del servicio, ya sea al concedente o a un nuevo operador, y forma parte del principio de continuidad del servicio público (Fernández, 2017).

7.3.21 Restitución del equilibrio económico financiero (REEF)

La restitución del equilibrio económico-financiero (REEF) constituye una garantía, en aquellos contratos que implican compromisos de largo plazo entre el

Estado y operadores privados. Este mecanismo permite preservar la viabilidad del proyecto en contextos cambiantes y garantiza que las condiciones económicas originalmente pactadas se mantengan estables frente a situaciones imprevistas. Su correcta implementación protege los intereses de ambas partes, promueve la continuidad del servicio público y refuerza la confianza del mercado en los esquemas de asociación público-privada (Fernández, 2017; BID, 2020).

El REEF parte del principio de que la economía del contrato debe mantenerse balanceada a lo largo del tiempo. Cuando se presentan alteraciones sustanciales e imprevisibles en el entorno económico, jurídico o técnico —ajenas a la voluntad del concesionario—, el contrato debe permitir medidas correctivas que restablezcan las condiciones que sustentaron la inversión y operación del proyecto. Este mecanismo es esencial no solo para garantizar la estabilidad financiera del concesionario, sino también para asegurar la continuidad del servicio y salvaguardar el interés público (Ruiz, 2021).

Entre los principales beneficios del REEF destacan la estabilidad financiera del concesionario frente a eventos externos adversos; la adaptabilidad del contrato a nuevas circunstancias sin comprometer su integridad; la confianza jurídica entre las partes al establecer un marco predecible de corrección; y la sostenibilidad del proyecto en el largo plazo, lo que facilita la atracción de inversión privada (González, 2019).

Los contratos de concesión deben identificar claramente los eventos que pueden activar el REEF. Entre ellos, se incluyen los cambios legislativos que incrementan los costos operativos o reducen los ingresos proyectados, como modificaciones tributarias, nuevas regulaciones técnicas o restricciones tarifarias (López, 2019). También se consideran las variaciones económicas severas, como fenómenos inflacionarios, devaluaciones abruptas o crisis financieras, que afectan la rentabilidad del proyecto más allá de los riesgos asumidos contractualmente. Asimismo, el REEF puede activarse ante eventos extraordinarios o de fuerza mayor, como desastres naturales, pandemias, conflictos sociales o alteraciones estructurales del mercado, siempre que impacten de manera directa y demostrable la ecuación económica del contrato (Martínez, 2020).

El procedimiento para activar el REEF debe estar debidamente regulado y respetar los principios de transparencia, objetividad y bilateralidad. En primer lugar, el concesionario afectado debe notificar formalmente al concedente la ocurrencia del evento, junto con evidencia técnica y financiera que acredite su impacto. Posteriormente, se realiza una evaluación conjunta entre ambas partes —o a través de una auditoría independiente— con el fin de determinar la magnitud del desequilibrio y definir las medidas correctivas adecuadas (Ruiz, 2021). Finalmente, las partes deben acordar e implementar los ajustes necesarios para restablecer el equilibrio económico, procurando la menor alteración posible del contrato y el cumplimiento de los fines públicos comprometidos.

Las medidas de restitución pueden adoptar diversas formas, según la naturaleza del evento y las condiciones específicas del contrato. Una de las más comunes es el ajuste tarifario, mediante el cual se modifican las tarifas o precios del servicio concesionado para compensar los sobrecostos o pérdidas incurridas. Otra medida frecuente es la extensión del plazo de concesión, permitiendo al concesionario recuperar su inversión en un periodo más largo sin modificar la tarifa. En casos más complejos, se puede recurrir a compensaciones financieras directas por parte del concedente, especialmente cuando las restricciones regulatorias impiden realizar ajustes tarifarios (González, 2019; López, 2019).

Desde el punto de vista jurídico, el REEF se fundamenta en los principios de equilibrio económico del contrato, buena fe contractual, conmutatividad y mutua protección de las partes. Su incorporación explícita en los contratos no solo fortalece la gobernanza del proyecto, sino que se ha convertido en una práctica indispensable para lograr estructuras contractuales sostenibles y financieramente resilientes frente a escenarios de incertidumbre (CAF, 2014; BID, 2020).

8. Distribución de riesgos

El análisis económico es un componente crítico en la evaluación de proyectos de concesión, ya que determina su viabilidad financiera y su capacidad para generar un retorno de inversión adecuado. Históricamente, esta herramienta ha sido fundamental para justificar inversiones en infraestructura y servicios públicos, proporcionando una base sólida para la toma de decisiones (Fernández, 2020).

Uno de los elementos esenciales en este análisis es la identificación del punto de quiebre, es decir, el momento en el que el proyecto deja de ser rentable para el Estado. Este punto se alcanza cuando los costos asociados, incluidos los incentivos al concesionario, superan los beneficios esperados del proyecto. Evaluar el punto de quiebre permite valorar la sostenibilidad financiera bajo diversos escenarios.

Asimismo, un análisis de sensibilidad exhaustivo es clave para comprender cómo variaciones en los principales supuestos económicos —como la demanda de servicios, los costos de operación y mantenimiento, o las tasas de interés— pueden afectar la rentabilidad del proyecto. Esta herramienta permite identificar los factores críticos que inciden en el desempeño financiero y diseñar estrategias de mitigación de riesgos (López, 2017). Por ejemplo, si la demanda estimada es menor a la prevista, los ingresos pueden no ser suficientes para cubrir los costos, generando un déficit. De igual forma, incrementos imprevistos en los costos operativos —por aumentos en insumos o salarios— pueden comprometer la viabilidad económica. En estos casos, las estrategias de mitigación pueden incluir cláusulas contractuales de ajuste o mejoras en la eficiencia operativa (Gómez, 2018).

Otro aspecto importante es considerar los incentivos económicos otorgados al concesionario, como subsidios, exenciones fiscales o garantías de ingreso. Aunque estos incentivos son necesarios para atraer inversión privada, también representan un costo para el Estado. Si estos superan los beneficios esperados, el proyecto puede derivar en una pérdida neta. Por ello, es indispensable cuantificar estos costos y evaluar su impacto en la viabilidad a largo plazo (Martínez, 2019).

Adicionalmente, el análisis económico debe incorporar la evaluación de riesgos macroeconómicos, como inflación, fluctuaciones en las tasas de interés y cambios en políticas fiscales. Asimismo, se debe incluir: estimaciones precisas de costos y beneficios, análisis de costo-beneficio detallado, evaluación de riesgos y estudios de viabilidad con proyecciones realistas. Anticipar estos riesgos permite al Estado diseñar contratos más robustos y tomar decisiones estratégicas más acertadas (Rodríguez, 2020).

Una contraindicación común es la sobreestimación de beneficios o la subestimación de costos, lo que puede llevar a decisiones mal fundamentadas. Para evitarlo, es vital basarse en datos reales y verificables, evitando el exceso de optimismo (López, 2017). También es necesario considerar los riesgos económicos de forma integral y desarrollar planes de contingencia para garantizar la sostenibilidad del proyecto (Fernández, 2020).

8.1 Aplicaciones actuariales y el riesgo en proyectos

En el contexto actuarial, las variables aleatorias permiten modelar la frecuencia y magnitud de eventos adversos, como pérdidas o daños, durante un periodo determinado. Esta perspectiva es particularmente útil para gestionar los riesgos en proyectos de concesión.

La protección ante estos eventos se logra mediante seguros o mecanismos de autoseguro. En este último caso, la matemática financiera moderna utiliza instrumentos derivados, como las opciones financieras, para cubrir posibles escenarios de pérdida. La elección entre transferir o absorber el riesgo depende del perfil del actor económico y de su tolerancia al riesgo.

En todos los casos, el concepto clave es el riesgo. El objetivo es minimizar su impacto económico, tomando en cuenta tanto la utilidad esperada como la aversión al riesgo del asegurado. Esta visión es esencial en la planificación estratégica de proyectos de concesión, donde una adecuada gestión del riesgo puede determinar el éxito o fracaso del proyecto.

A continuación, se desarrollan los principales mecanismos utilizados en los contratos de concesión para gestionar los riesgos asociados a su implementación y operación, desde una perspectiva técnica y legal.

1. *Contratos de concesión*: establecen los términos específicos para la asignación de riesgos entre las partes, incluyendo cláusulas sobre financiamiento, construcción, operación y eventos externos (Fernández, 2018).
2. *Seguros y garantías*: son utilizados para transferir riesgos específicos a terceros, como seguros de construcción, rendimiento y garan-

tías financieras, proporcionando protección adicional durante la ejecución del proyecto (Grimsey & Lewis, 2005).

3. *Mecanismos de mitigación*: incluyen cláusulas de ajuste de tarifas, estabilización de impuestos, fondos de contingencia y procedimientos de resolución de disputas para gestionar situaciones imprevistas y mantener la estabilidad del proyecto (Fernandez, 2018).

Una distribución justa y equilibrada de riesgos fomenta relaciones contractuales estables y sostenibles entre el sector público y privado (Grimsey & Lewis, 2005).

Promueve la confianza de los inversionistas al ofrecer un marco claro y predecible para la gestión de riesgos en proyectos de infraestructura (Fernandez, 2018).

Facilita la gestión efectiva del proyecto a lo largo de su ciclo de vida, minimizando los impactos negativos de los riesgos identificados y mejorando la probabilidad de éxito a largo plazo (Grimsey & Lewis, 2005).

En el contexto de los contratos de concesión, se mantiene una amplia gama de enfoques respecto al análisis, la asignación, la transferencia y los límites de los riesgos en función de las características específicas de cada proyecto. Esta diversidad obedece tanto a la complejidad técnica de las concesiones como a las distintas formas contractuales y jurídicas que pueden adoptarse. En este marco, y desde una perspectiva conceptual, puede proponerse la siguiente definición:

a. *Riesgos en procedimientos y contratos de concesiones*: los contratos de concesión, utilizados ampliamente en proyectos de infraestructura pública, enfrentan una variedad de riesgos que pueden afectar su ejecución y resultados. Estos riesgos se clasifican en varias categorías principales que incluyen aspectos financieros, técnicos, legales, regulatorios, políticos y sociales (Yescombe, 2007; Collins, 2015).

b. *Riesgo de diseño definitivo*: en los procesos en los que se determine que la concesionaria debe realizar los diseños, en caso de que existan defectos, el aumento de los costos serán asumidos por ésta. La política actual es transferir este riesgo al concesionario.

Este criterio se generó a partir de incrementos contractuales indiscriminados y sin justificación técnica, y el efecto es provocar que el constructor asuma una responsabilidad sobre los estudios, y los realice de tal manera que sean completos; por ello, la intención de la incorporación de esta obligación es que el ejecutor privado asuma la responsabilidad en la correcta ejecución del estudio y no pretenda incrementar la obra de manera injustificada.

c. Riesgos técnicos y operativos: estos riesgos incluyen desafíos relacionados con el diseño, la construcción, y la operación continua de la infraestructura concesionada. Errores en el diseño o ejecución pueden llevar a costos adicionales y retrasos significativos, mientras que problemas operativos pueden afectar la calidad del servicio prestado (Hillson, 2009).

La gestión operativa del proyecto y los riesgos asociados son responsabilidad del sector privado, abarcando desde el rendimiento de la infraestructura hasta la eficiencia operativa y el cumplimiento normativo (Grimsey & Lewis, 2005).

El sector público puede retener riesgos operacionales críticos relacionados con la seguridad pública, el cumplimiento ambiental y la calidad del servicio (Fernandez, 2018).

d. Riesgo de construcción: el riesgo de construcción en el contexto de las concesiones se refiere a los desafíos y las incertidumbres asociadas con la ejecución y finalización exitosa de las obras de infraestructura por parte de la concesionaria. Este riesgo es significativo debido a la complejidad técnica y logística que implica la construcción de grandes proyectos de infraestructura y destaca la importancia de una gestión efectiva por parte de la concesionaria y una supervisión rigurosa por parte de la entidad delegante para garantizar el éxito y la calidad de las obras de infraestructura.

En los contratos de concesión, este riesgo se vincula directamente con la capacidad de la concesionaria para cumplir los plazos, presupuestos y estándares técnicos establecidos durante todo el período contractual, en la medida en que asume la responsabilidad principal de la planificación, gestión y ejecución de las obras de infraestructura durante el período contractual. Es fundamental que los contratos de concesión incluyan disposiciones detalladas sobre la

asignación de riesgos relacionados con la construcción, incluyendo cláusulas de penalización por incumplimiento de los plazos o especificaciones técnicas.

La literatura especializada destaca que la transferencia del riesgo de construcción a la concesionaria es una estrategia comúnmente adoptada por los gobiernos y las entidades delegantes debido a la percepción de que el sector privado está mejor equipado para gestionar eficientemente los riesgos asociados con la construcción (Flyvbjerg, 2014). Esto implica que la concesionaria debe contar con la capacidad técnica, financiera y operativa necesaria para cumplir con los requisitos contractuales y enfrentar los posibles contratiempos durante el proceso de construcción.

e. Riesgo de disponibilidad del servicio: se considera lo determinado en el segundo inciso del artículo 11, número 9 de la Constitución de la República del Ecuador; al tratar los derechos de los ciudadanos, que determina 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 o por las acciones y omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”.

Por ello, el delegante debe velar por la prestación del servicio público entregado en régimen de delegación, y debe hacer que el delegatario esté alineado a esta premisa y al principio antes descrito; por ello, y para poder controlar y supervisar la correcta prestación del servicio por parte de la concesionaria, se han establecido indicadores medibles sobre su prestación (operación, conservación y mantenimiento), incluyendo la obligación del concesionario de incorporar sistemas de control que permitan asegurar la prestación del servicio con calidad. El tiempo de respuesta para superar una mala calificación en la medición del indicador, régimen de multas, el pago por disponibilidad (en caso de que hubiere) y la posibilidad de terminación de los contratos de concesión, se encuentran directamente relacionados a la medición de indicadores de prestación del servicio.

f. *Riesgo de demanda*: el riesgo de demanda en las concesiones se centra en las proyecciones anticipadas de la demanda de servicios o productos ofrecidos bajo el marco de la concesión y la incertidumbre asociada. Estas proyecciones son fundamentales para la estructuración económico-financiera del proyecto, ya que proporcionan las bases sobre las cuales se evalúan y planifican las inversiones y los ingresos esperados durante la vida del contrato de concesión. Este tipo de riesgo podría afectar directamente la viabilidad económica y financiera del proyecto concesionario.

La evaluación del riesgo de demanda implica la realización de estudios de tráfico y análisis de mercado por parte de la entidad concesionaria o de la institución delegante. Estos estudios pueden incluir la estimación de la demanda actual y futura del servicio o producto concesionado, considerando factores como las tendencias históricas, el crecimiento poblacional, cambios en el comportamiento del consumidor, y otros indicadores económicos y sociales relevantes.

g. *Riesgo por motivos ambientales*: las concesiones, especialmente aquellas relacionadas con infraestructuras y servicios públicos, pueden involucrar operaciones que afecten recursos naturales, hábitats locales, calidad del aire, agua y suelos, entre otros aspectos ambientales. El riesgo por motivos ambientales en las administraciones en régimen de concesión se refiere a la posibilidad de que las actividades realizadas en el marco de la concesión puedan tener un impacto adverso sobre el medio ambiente. Los gestores de estas actividades están obligados a implementar medidas preventivas, acciones correctivas y precauciones necesarias para minimizar o evitar efectos ambientales negativos. El cumplimiento de normativas ambientales, tanto nacionales como internacionales, se necesitan para mitigar este riesgo y asegurar la sostenibilidad ambiental del proyecto.

El riesgo por motivos ambientales en las concesiones requiere una gestión proactiva y responsable por parte de los concesionarios, con el fin de proteger el medio ambiente y asegurar la sostenibilidad a largo plazo del proyecto. Esto implica no solo el cumplimiento de regulaciones, sino también la adopción de mejores prácticas ambientales que contribuyan al bienestar general de la socie-

dad y al equilibrio ecológico. La implementación efectiva de medidas ambientales contribuye, a su vez, a mejorar la reputación corporativa, minimizar riesgos de litigios ambientales y promover la aceptación social del proyecto entre las comunidades locales afectadas (Klein et al., 2020).

h. Riesgos regulatorios y políticos: primeramente, la sociedad concesionaria debe cumplir con todas sus obligaciones tributarias, así como obtener las autorizaciones y permisos necesarios para el cumplimiento del contrato. Seguido a esto, se deben considerar los riesgos sujetos a cambios legislativos, regulatorios y en las políticas públicas, que representan y constituyen riesgos inherentes para el sector privado, en la medida en que pueden modificar el marco jurídico aplicable durante la ejecución del proyecto (Fernández, 2018).

Los cambios en la legislación y en la normativa vigente, identificados como riesgos legales y regulatorios, representan un factor permanente de incertidumbre en los proyectos de concesión, dado que pueden alterar las condiciones bajo las cuales opera la concesionaria. Adicionalmente, la aparición de litigios y disputas legales durante la ejecución contractual puede generar costos adicionales y afectar la planificación operativa del proyecto (Yescombe, 2007). Por su parte, los riesgos políticos y sociales se relacionan con factores como los cambios de gobierno, las variaciones en las prioridades de la política pública y la oposición social a determinados proyectos. Manifestaciones comunitarias, protestas sociales u otros movimientos colectivos pueden incidir en la implementación y operación de la infraestructura concesionada, introduciendo elementos de presión externa que deben ser gestionados de manera adecuada (Collins, 2015). El sector público a menudo se compromete a mitigar estos riesgos a través de garantías de estabilidad jurídica y contractual, reduciendo la incertidumbre para los inversionistas privados (Grimsey & Lewis, 2005).

i. Riesgo financiero: uno de los principales riesgos en los contratos de concesión es el financiero, que abarca la obtención y estructuración del financiamiento necesario para el proyecto. Las fluctuaciones económicas también representan un riesgo significativo, dado que pueden impactar negativamente la viabilidad financiera del proyecto (Yescombe, 2007).

El sector privado generalmente asume los riesgos financieros primarios, incluyendo la inversión inicial, costos operativos y riesgos de mercado como fluctuaciones en los ingresos o la demanda (Grimsey & Lewis, 2005). El sector público puede mitigar algunos riesgos financieros mediante garantías de ingresos mínimos o pagos por servicios públicos, dependiendo de los términos contractuales establecidos (Fernandez, 2018).

Sobre la totalidad o el porcentaje determinado en los pliegos sobre aporte del concesionario, será éste quien deba obtener el financiamiento necesario para el cumplimiento del objeto contractual. Esta obligación incluye la gestión ante los financistas, en las mejores condiciones para el proyecto, y dentro del plazo requerido en el pliego y ofertado.

Conocido como es, una de las necesidades básicas de los financistas es la estructuración de la deuda, y considerando que los contratos de concesión se estructuran con un plazo extendido el modelo económico financiero se pueda ver afectado por diferentes situaciones económicas, el interesado privado debe ser ingenioso a la hora de establecer los mecanismos de financiación del Project Finance o financiación del proyecto.

En la actualidad el análisis del mercado financiero en el Ecuador es básico a la hora de tomar la decisión de participar en un régimen de delegación. El sistema financiero ecuatoriano se ve fortalecido frente a la crisis financiera ecuatoriana del año 1999 y la crisis financiera global del año 2007, gracias a diferentes factores. La dolarización ha permitido la eliminación del riesgo cambiario, y el incremento del patrimonio técnico gracias a la constitución de provisiones y capitalización de las utilidades del ejercicio económico del 2008, dispuesta por la Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador,

Si bien es cierto que existe solidez en la banca privada, el Estado ecuatoriano se encuentra generando un marco normativo que favorezca su crecimiento, mejorando las condiciones de los usuarios de los servicios.

El mayor plazo de financiamiento de la banca de primer piso se realiza con operaciones de crédito en bienes de capital, y puede superar los 10 años; y la banca de segundo piso, genera importantes operaciones, sin embargo, no se encuentra establecida en el sistema financiero ecuatoriano una forma de financiamiento para proyectos a largo plazo.

Pese a que el Banco del Estado, tiene facultades para financiar proyectos encaminados a la prestación de servicios públicos, de acuerdo con las políticas públicas actuales, es necesario obtener financiamiento externo para cumplir con el objetivo del proyecto a realizarse en régimen de delegación.

El artículo 96 de la Ley del Régimen Monetario y Banco del Estado establece de manera expresa el objetivo institucional del Banco del Estado (actualmente, Banco de Desarrollo del Ecuador B.P.), definiéndolo como un actor financiero clave para el desarrollo nacional, con énfasis en el financiamiento de programas y proyectos orientados a la provisión de servicios públicos. Esta disposición subraya que el financiamiento podrá destinarse tanto a la provisión directa de servicios por parte del Estado, como a su prestación indirecta mediante esquemas de delegación, incluyendo empresas mixtas o mecanismos previstos en la Constitución y en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

La norma reconoce, por tanto, el carácter flexible y complementario del financiamiento público para estructuras de gestión mixta o privada, dentro de los marcos normativos vigentes. Esto habilita al Banco del Estado no solo a financiar directamente a entidades estatales, sino también a participar en proyectos delegados al sector privado, siempre que estos cumplan una función pública o estén dirigidos al mejoramiento de servicios esenciales, tales como agua potable, saneamiento, vialidad, electrificación, educación, salud, entre otros.

Adicionalmente, el artículo amplía la capacidad de intervención del Banco del Estado al permitirle financiar programas del sector público que, aún no estando directamente vinculados a la provisión de servicios públicos, sean calificados por su Directorio como proyectos que contribuyen al desarrollo socioeconómico nacional. De esta manera, la norma otorga un margen de discrecionalidad técnica al Directorio del Banco para priorizar proyectos estratégicos que incidan en el bienestar colectivo y la equidad territorial.

Por último, la disposición contempla que el Banco del Estado pueda prestar servicios bancarios y financieros autorizados por la ley, lo que lo posiciona no solo como un organismo de financiamiento, sino también como un instrumento especializado del Estado para canalizar recursos de inversión, apalancar pro-

yectos y apoyar la modernización de los servicios públicos mediante alianzas público-privadas y esquemas mixtos.

j. Riesgo de liquidez: el riesgo de liquidez en el contexto de las concesiones se refiere a la capacidad de la sociedad concesionaria para disponer de suficientes recursos financieros líquidos para cumplir con las obligaciones contractuales y financiar adecuadamente las operaciones y mantenimiento de los activos concesionados. Su gestión efectiva implica una planificación financiera estratégica, la evaluación continua de los flujos de efectivo y una adecuada gestión de las obligaciones financieras para garantizar la continuidad operativa y la sostenibilidad a largo plazo del proyecto concesionario.

Este riesgo surge debido a la posible discrepancia entre los flujos de efectivo recibidos por la concesionaria (por ejemplo, tarifas o pagos del sector público) y los pagos que deben realizarse para cumplir con sus compromisos financieros y operativos.

La liquidez es básica en la viabilidad y sostenibilidad de los proyectos de concesión, ya que una insuficiencia de fondos disponibles puede llevar a retrasos en el mantenimiento, incumplimientos de obligaciones contractuales o incluso a la insolvencia de la concesionaria. Para mitigar este riesgo, es fundamental que las empresas concesionarias gestionen de manera eficaz su capital de trabajo, mantengan reservas adecuadas de efectivo y tengan acceso a fuentes de financiamiento confiables y a costos razonables.

Además, los contratos de concesión suelen incluir cláusulas específicas relacionadas con la financiación del proyecto, los requisitos de capitalización y los mecanismos para la revisión y ajuste de tarifas o pagos en función de las condiciones financieras cambiantes. Estas disposiciones buscan equilibrar los intereses del sector público, que busca proteger la estabilidad financiera y operativa del proyecto, con los del sector privado, que busca maximizar el rendimiento de la inversión en condiciones financieras razonables y predecibles.

k. Riesgo de salud, seguridad, y laborales: este riesgo en contratos de concesión se centra en los desafíos asociados con el cumpli-

miento de normativas rigurosas de seguridad industrial, el manejo adecuado de las condiciones laborales y la protección de la salud física de los trabajadores involucrados en proyectos de infraestructura y servicios públicos. Este tipo de riesgo puede tener repercusiones significativas en la ejecución y operación de las concesiones, afectando tanto la salud y bienestar de los empleados como la imagen y la viabilidad del proyecto en sí mismo.

En el ámbito de las concesiones, las empresas contratistas y los operadores deben cumplir con estándares estrictos de seguridad y salud ocupacional establecidos por las autoridades competentes y las normativas internacionales, como la OSHA (*Occupational Safety and Health Administration*) en Estados Unidos o sus equivalentes en otros países. Estos estándares regulan aspectos como la gestión de riesgos laborales, la implementación de medidas preventivas y correctivas, y la capacitación continua del personal para garantizar ambientes de trabajo seguros y saludables.

Además del cumplimiento normativo, es esencial que las empresas concesionarias desarrollen políticas internas robustas de salud y seguridad, promoviendo una cultura organizacional que priorice la prevención de accidentes y enfermedades laborales. Esto no solo contribuye al bienestar de los empleados, sino que también reduce los costos asociados con incidentes laborales y mejora la productividad a largo plazo.

En términos de gestión de riesgos, los contratos de concesión suelen incluir cláusulas específicas relacionadas con la responsabilidad por accidentes laborales y la compensación por daños derivados de condiciones de trabajo inseguras. Estas disposiciones son fundamentales para proteger los intereses de todas las partes involucradas y asegurar la continuidad operativa del proyecto bajo condiciones óptimas de seguridad y salud.

1. Riesgo de Imprevisibilidad: en contratos de concesión se refiere a eventos no anticipados razonablemente al momento de la firma del contrato, tales como fuerza mayor, caso fortuito o actos de autoridad específicos que pueden afectar significativamente las condiciones técnicas, legales y económicas del contrato, especial-

mente para el Estado. Este concepto implica la posibilidad de que ocurran eventos que no sean asegurables en el mercado de seguros y que tengan un impacto adverso tanto en el desarrollo como en la ejecución de proyectos concesionados

La imprevisibilidad puede tener consecuencias económicas y financieras significativas, incluyendo cambios en la rentabilidad proyectada del proyecto, desviaciones en los plazos de ejecución o incluso la necesidad de ajustes regulatorios o legislativos que afecten la viabilidad del negocio. Las causas de la imprevisibilidad deben ser adecuadamente documentadas, evaluadas y justificadas para que sean reconocidas bajo el contrato de concesión y puedan activar mecanismos de compensación.

En el contexto de proyectos específicos como la Autopista Santo Domingo – Esmeraldas y el Puerto de Manta en Ecuador, se establecen cláusulas que permiten compensaciones al concesionario en caso de eventos imprevisibles que afecten significativamente el valor actual neto (VAN) del proyecto, siempre y cuando se cumplan ciertos criterios y umbrales definidos contractualmente.

Los mecanismos de compensación pueden incluir el reajuste de tarifas, la extensión de los plazos de concesión o compensaciones financieras directas del Estado para mitigar las pérdidas económicas derivadas de la imprevisibilidad. Estas disposiciones son fundamentales para gestionar el riesgo y garantizar la estabilidad financiera y operativa de los proyectos de infraestructura y servicios públicos bajo régimen de concesión.

Aspectos clave del riesgo de imprevisibilidad en concesiones:

a. Definición y causas: la imprevisibilidad se caracteriza por eventos que no eran razonablemente anticipados al momento de la firma del contrato de concesión. Estos eventos pueden incluir desastres naturales, cambios regulatorios drásticos, crisis económicas u otros eventos fuera del control de las partes involucradas. Es esencial que las causas de la imprevisibilidad sean debidamente comprobadas, evaluadas y justificadas para que puedan ser consideradas válidas dentro del contrato de concesión.

- b. Impacto económico y financiero:* el impacto de eventos imprevisibles puede ser significativo desde una perspectiva económica y financiera. Por ejemplo, cambios en la legislación que afecten las condiciones de operación, fluctuaciones macroeconómicas que impacten la rentabilidad del proyecto, o eventos climáticos extremos que interrumpen la operación normal. Para mitigar estos impactos, los contratos de concesión suelen incluir mecanismos de compensación específicos para el Estado y para el concesionario.
- c. Mecanismos de compensación:* en el caso específico de las concesiones como la Autopista Santo Domingo – Esmeraldas y el Puerto de Manta, se establecen formas de compensación para el concesionario en caso de imprevisibilidad. Estas pueden incluir:

1. reajuste de tarifas cuando sea viable económicamente.
2. aumento de los plazos de concesión para permitir una recuperación adecuada de la inversión.
3. compensaciones financieras directas por parte del Estado para mitigar las pérdidas sufridas.

Es fundamental que las condiciones para activar las compensaciones por imprevisibilidad estén claramente definidas en el contrato, usualmente especificando umbrales financieros como desviaciones significativas en el valor actual neto (VAN) del modelo económico financiero inicialmente previsto.

La verificación de las causas y el impacto económico deben ser rigurosamente evaluados por ambas partes y, en ocasiones, pueden requerir arbitraje o resolución de disputas si hay desacuerdos sobre la interpretación o la aplicación de las cláusulas contractuales.

2. **Riesgo de Bioseguridad:** el riesgo de bioseguridad se refiere a la posibilidad de que plagas, microorganismos, enfermedades o agentes exógenos puedan introducirse o propagarse a través de operaciones portuarias, afectando la bioseguridad nacional y la salud pública. Este riesgo es especialmente relevante en concesiones portuarias debido al

movimiento constante de mercancías y personas a través de las instalaciones portuarias, que pueden servir como vectores para la introducción de organismos patógenos o especies invasoras².

El riesgo de bioseguridad en concesiones portuarias subraya la necesidad de una gestión efectiva y coordinada entre todas las partes interesadas, incluyendo autoridades portuarias, entidades de control sanitario y reguladores nacionales e internacionales. La implementación de prácticas de bioseguridad adecuadas no solo protege la salud pública y el ambiente, sino que también promueve un comercio internacional seguro y sostenible.

Para abordar el tema del riesgo de bioseguridad en el contexto de las concesiones portuarias, es importante considerar aspectos relacionados con la seguridad biológica y las regulaciones sanitarias que afectan el comercio internacional y la protección de la salud pública. Algunos aspectos clave a considerar son:

a. Regulaciones internacionales y nacionales: las organizaciones internacionales como la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) y la Convención Internacional para la Protección de las Plantas (CIPF) establecen normativas para prevenir la propagación de plagas y enfermedades a través del comercio internacional (OIE, 2020). A nivel nacional, cada país tiene regulaciones específicas sobre bioseguridad y control sanitario de mercancías que entran y salen por sus puertos.

a. Impacto económico y ambiental: la introducción de plagas o enfermedades a través de las concesiones portuarias puede tener consecuencias económicas significativas, como la pérdida de cultivos agrícolas, el aumento de los costos de control de plagas y las restricciones al comercio internacional. Desde un punto de vista ambiental, la introducción de especies invasoras puede perturbar los ecosistemas locales, afectando la biodiversidad y los servicios ecosistémicos.

² *Ejemplos y casos de estudio: control de la Mosca de la Fruta en puertos: En Australia, los puertos implementan estrictos controles de bioseguridad para prevenir la introducción de la mosca de la fruta, una plaga que podría afectar gravemente la producción agrícola del país (Biosecurity Queensland, 2023). Impacto del COVID-19 en la Bioseguridad Portuaria: La pandemia de COVID-19 ha resaltado la importancia de las medidas de bioseguridad en puertos para prevenir la propagación de enfermedades zoonóticas a través del comercio internacional y los viajes marítimos (WHO, 2021).*

a. *Gestión y mitigación del riesgo*: las concesiones portuarias deben implementar medidas rigurosas de bioseguridad, que incluyen inspecciones fitosanitarias, desinfección de cargas, tratamiento térmico, cuarentenas y otras prácticas para prevenir la introducción y propagación de plagas y enfermedades (FAO, 2018). La cooperación entre autoridades portuarias, autoridades de sanidad animal y vegetal, y otras entidades regulatorias es indispensable para asegurar el cumplimiento de las normativas y la efectividad de las medidas de control.

PARTE V

Jurisprudencia

9. Jurisprudencia relevante sobre las concesiones en el Ecuador

La interpretación judicial constituye un instrumento fundamental para el desarrollo del régimen jurídico de las concesiones. En el Ecuador, la Corte Nacional de Justicia (CNJ) y la Corte Constitucional (CC) han emitido criterios vinculantes que no solo resuelven casos concretos, sino que perfilan los principios y garantías que deben regir en los procesos concesionales. Este apartado examina con detenimiento las principales sentencias emitidas por estas cortes en materia de concesiones, resaltando su impacto en la evolución doctrinal del derecho público ecuatoriano y su relevancia para el fortalecimiento del Estado constitucional de derechos y justicia.

9.1 Sentencia No. 17-2024: Exoneración del impuesto a la renta en zonas francas y derechos adquiridos en concesiones

En esta sentencia, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador resolvió un conflicto interpretativo relacionado con el alcance de la exoneración del impuesto a la renta otorgado a los usuarios de zonas francas, conforme al régimen legal vigente al momento de la concesión. El caso se refería a una empresa concesionaria que operaba en el marco del régimen de zonas francas, y cuya exoneración fue cuestionada por la administración tributaria tras la derogatoria del marco normativo correspondiente.

La Corte ratificó que el régimen de exoneración tributaria forma parte de los derechos adquiridos por los usuarios de zonas francas hasta la terminación de

los contratos de concesión, incluso si la normativa que otorgó ese beneficio fue posteriormente derogada. Este pronunciamiento se adoptó luego de verificar una triple reiteración de fallos en el mismo sentido, cumpliendo así con el requisito para la creación de jurisprudencia obligatoria conforme al artículo 185 de la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial.

Desde el punto de vista jurídico, la decisión de la Corte se sustenta en los siguientes principios constitucionales y doctrinales:

Seguridad jurídica: el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza que los ciudadanos y operadores económicos tengan certeza sobre la vigencia y aplicación de las normas. La sentencia protege la estabilidad normativa y la previsibilidad en las relaciones jurídico-tributarias que se derivan de un contrato de concesión suscrito válidamente.

Irretroactividad de la ley tributaria: conforme al artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución, ninguna norma podrá aplicarse retroactivamente si afecta derechos adquiridos. La Corte señala que la derogación posterior de la Ley de Zonas Francas no puede suprimir ex post facto el derecho a la exoneración que fue parte del incentivo legal al momento de contratar.

Respeto al principio de legalidad y de buena fe contractual: la Corte reconoce que los contratos de concesión se celebran con base en un marco normativo que condiciona las expectativas económicas del concesionario. Por lo tanto, modificar unilateralmente las condiciones fiscales a través de actos administrativos o reformas legales posteriores contraviene el principio de legalidad contractual, e incluso podría configurar un quebrantamiento de la confianza legítima del inversionista.

Esta jurisprudencia es especialmente relevante en el ámbito de las concesiones, pues delimita con claridad la vigencia de los beneficios tributarios asociados al régimen contractual público-privado, y reafirma la necesidad de que el Estado honre sus compromisos institucionales conforme a la legislación vigente al momento de celebrar el contrato.

9.2 Sentencia No. 003-09-SIN-CC: Naturaleza pública de las tasas aeroportuarias y los límites constitucionales en los contratos de concesión

En el marco de la participación público-privada, uno de los debates jurídicos más relevantes gira en torno a la naturaleza de los ingresos que perciben los concesionarios por la prestación de servicios públicos. Este tema fue abordado de manera determinante por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 003-09-SIN-CC, de 23 de julio de 2009, cuyo análisis resulta fundamental para comprender los límites constitucionales en la gestión de recursos derivados de actividades delegadas.

El proceso constitucional se inició tras la acción pública de inconstitucionalidad presentada por el Contralor General del Estado en contra de los oficios Nos. 5569 de 5 de enero de 2009 y 5929 de 3 de febrero de 2009, emitidos por la Procuraduría General del Estado. En dichos pronunciamientos, el Procurador sostenía que las tarifas cobradas por la empresa privada QUIPORT S.A., concesionaria de la administración del Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre de Quito, tenían naturaleza privada, al constituir precios pactados contractualmente y no tributos legalmente establecidos.

La Corte, con ponencia del Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, resolvió declarar la inconstitucionalidad de los oficios emitidos por la Procuraduría, y fijó criterios claros sobre la calificación jurídica de los ingresos derivados de proyectos delegados. Entre sus principales fundamentos se destacan:

1. *Naturaleza del servicio aeroportuario*: la Corte reafirmó que los servicios aeroportuarios constituyen servicios públicos esenciales y monopólicos, cuya titularidad corresponde exclusivamente al Estado central, conforme a los artículos 261 numeral 10 y 314 de la Constitución. Aunque su gestión puede ser excepcionalmente delegada a terceros, esta delegación no implica la transferencia de la titularidad de los ingresos públicos generados (Corte Constitucional del Ecuador, 2009, párr. 6–8).

2. *Calificación tributaria de las tarifas*: las tarifas cobradas por el uso de las instalaciones aeroportuarias fueron calificadas como tasas, y no como precios privados. Al ser consideradas tributos, deben regirse

por el principio de legalidad establecido en el artículo 301 de la Constitución. En consecuencia, su creación, modificación y extinción solo puede realizarse por ley o acto normativo emitido por autoridad competente (Corte Constitucional del Ecuador, 2009, párr. 10–14).

3. *Indelegabilidad de la potestad tributaria*: uno de los aspectos más relevantes de la sentencia es el reconocimiento de que la potestad tributaria es indelegable. Por tanto, ningún contrato de concesión puede transferir al concesionario la facultad de fijar o recaudar tributos. La transformación contractual de una tasa en un precio constituye una violación al principio de legalidad tributaria y a la reserva de ley (Corte Constitucional del Ecuador, 2009, párr. 12–16).

4. *Inconstitucionalidad de normas locales*: la Corte también declaró inconstitucional la Ordenanza Municipal No. 0154, que autorizaba a la concesionaria a fijar y recaudar las tarifas. Tal disposición fue considerada contraria a los artículos 301 y 424 de la Constitución, al delegar una facultad legislativa tributaria a un operador privado (Corte Constitucional del Ecuador, 2009, párr. 17–20).

Control de actos del Procurador General: finalmente, el fallo confirmó que los dictámenes del Procurador General del Estado, cuando tienen efectos normativos generales, pueden ser sometidos a control constitucional. En este caso, dichos pronunciamientos contradecían principios constitucionales sobre recursos públicos y reserva de ley tributaria (Corte Constitucional del Ecuador, 2009, párr. 4–5).

La sentencia fijó un marco doctrinal útil para calificar si los ingresos percibidos por un concesionario tienen naturaleza pública. Para ello, deben concurrir al menos los siguientes elementos:

- a. que el servicio delegado pertenezca a una competencia exclusiva del Estado;
- b. que el pago por el servicio se configure como una tasa, es decir, como un tributo sujeto al principio de legalidad;
- c. que los recursos generados estén destinados al fin del servicio público, no al beneficio particular del operador.

El fallo también delimita los márgenes normativos en la estructuración de contratos de concesión, en tanto la naturaleza jurídica de los ingresos no puede alterarse por voluntad de las partes, ni por normas infra constitucionales. De esta forma, se garantiza la seguridad jurídica, la supremacía constitucional y la integridad del sistema fiscal público.

Esta sentencia constituye un precedente constitucional vinculante para el análisis del régimen concesional en el Ecuador, ya que establece que los ingresos derivados de servicios públicos esenciales, aunque gestionados por privados bajo concesión, siguen siendo públicos y deben regirse por el principio de legalidad tributaria. Asimismo, refuerza el marco de competencias exclusivas del Estado en sectores estratégicos y rechaza cualquier intento de privatizar la potestad de fijar tributos mediante contratos.

9.3 Sentencia No. 273-19-JP/22: Estándares vinculantes sobre el derecho a la consulta previa en casos de concesión minera

La Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia No. 273-19-JP/22, revisó un caso emblemático relacionado con la vulneración del derecho a la consulta previa, libre e informada a la comunidad indígena A'i Cofán de Sinangoe, ubicada en la provincia de Sucumbíos. En el análisis de fondo, la Corte se centró en evaluar si las decisiones administrativas que otorgaron concesiones mineras en territorio ancestral cumplían con las obligaciones internacionales y constitucionales en materia de participación de pueblos indígenas.

La sentencia parte del reconocimiento de que la consulta previa constituye un derecho fundamental de carácter colectivo, consagrado en el artículo 57 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, así como en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT. Este derecho no es meramente informativo, sino que exige un proceso participativo, de buena fe y adaptado culturalmente, con miras a alcanzar un consentimiento libre e informado.

Entre los estándares desarrollados por la Corte destacan:

1. La obligación del Estado de realizar la consulta antes de la adopción de cualquier medida que pueda afectar directamente a pueblos indígenas, especialmente cuando se trate del otorgamiento de concesiones mineras, hidrocarburíferas o forestales.

2. El establecimiento, por parte de la Corte de que la simple presencia de títulos habilitantes sobre territorios ancestrales, sin haber cumplido con la consulta, es nula de pleno derecho, por vulnerar garantías constitucionales y derechos colectivos.

3. Enfatizó la necesidad de que el procedimiento de consulta esté adecuadamente documentado, que se respeten los tiempos y formas propias de la comunidad, y que no se condicione a resultados pre-determinados.

4. La Corte, además de tutelar los derechos de la comunidad A'i Cofán, emitió estándares vinculantes de aplicación erga omnes, esto es, obligatorios para todos los operadores de justicia y entidades administrativas del país, consolidando un marco jurídico robusto para la defensa del consentimiento indígena en contextos extractivos.

Desde la perspectiva de las concesiones, esta sentencia reconfigura el marco de legalidad aplicable en territorios indígenas, introduciendo una condición constitucional previa al otorgamiento o ejecución de concesiones: la realización efectiva de la consulta. Cualquier concesión otorgada sin este requisito está sujeta a ser anulada judicialmente.

9.4 Sentencia No. 82-21-IN/25: Reversión de bienes afectos a servicios públicos en contratos de concesión del sector eléctrico

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 82-21-IN/25, resolvió una acción de inconstitucionalidad planteada en contra del artículo 17 de la Ley Orgánica de Servicio Público de Energía Eléctrica (LOSPEE), específicamente sobre la disposición que regulaba la reversión de los bienes afectos al servicio público eléctrico una vez finalizado el contrato de concesión.

La controversia giró en torno a la alegación de que dicha norma violaba el derecho a la propiedad privada al establecer la transferencia de activos —sin indemnización adicional— al Estado al concluir la concesión. Los demandantes argumentaron que la norma implicaba una expropiación indirecta contraria a las garantías constitucionales sobre el debido proceso, la seguridad jurídica y la propiedad.

No obstante, la Corte Constitucional rechazó el planteamiento de inconstitucionalidad y declaró la constitucionalidad del mecanismo de reversión de bienes, bajo los siguientes fundamentos:

1. Naturaleza jurídica de la reversión: la Corte sostuvo que la reversión es un efecto natural y pactado de los contratos de concesión de servicios públicos, que responde a la lógica de que los bienes utilizados para la prestación del servicio —en especial si han sido construidos con tarifas públicas o subsidios— deben retornar al titular del servicio: el Estado. No se trata de una confiscación, sino de una consecuencia inherente al régimen concesional, que además se encuentra explícitamente regulada en el contrato y en la ley.

2. Compatibilidad con el derecho a la propiedad: en la medida en que la reversión se encuentra previamente establecida en los términos contractuales y legales, no existe violación al derecho a la propiedad garantizado en el artículo 66 numeral 26 de la Constitución. La Corte afirmó que los bienes afectos al servicio público tienen un carácter especial y están sometidos a un régimen jurídico diferente al de la propiedad común, precisamente por su vinculación con el interés general.

3. Protección del interés público: el principio de continuidad del servicio público exige que el Estado mantenga la titularidad sobre los bienes esenciales una vez finalizada la relación contractual. Esta garantía protege al usuario del servicio y asegura la sostenibilidad del modelo de provisión.

4. Remisión al régimen especial de los sectores estratégicos: el servicio público de electricidad, en tanto forma parte del régimen de sectores estratégicos regulado por el artículo 313 de la Constitución, se encuentra sometido a un régimen jurídico más estricto en cuanto a la protección del interés público y la no enajenabilidad de los recursos y activos estratégicos.

Esta sentencia refuerza una línea jurisprudencial clara de la Corte Constitucional: la protección del interés general en los contratos de concesión, especialmente en sectores estratégicos como el eléctrico, legitima mecanismos como la reversión de bienes. Además, reafirma que los derechos contractuales y patrimoniales de los concesionarios no son absolutos, sino que deben armonizarse con el orden público constitucional.

9.5 Sentencia No. 029-15-SIN-CC: Inconstitucionalidad de tasas municipales que afectaban concesiones en el sector de telecomunicaciones

En la sentencia No. 029-15-SIN-CC, la Corte Constitucional del Ecuador conoció una acción pública de inconstitucionalidad presentada por una empresa concesionaria de servicios de telecomunicaciones en contra de ordenanzas municipales que imponían tasas por la ocupación del espacio aéreo y subterráneo en vías públicas para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones.

El demandante alegó que dichas tasas violaban la Constitución por tres razones principales: (i) invadían competencias exclusivas del Estado central en materia de telecomunicaciones; (ii) afectaban la seguridad jurídica de las concesiones otorgadas válidamente por el ente regulador nacional; y (iii) vulneraban el principio de legalidad tributaria al no estar basadas en una ley nacional.

La Corte declaró la inconstitucionalidad de las ordenanzas impugnadas, argumentando lo siguiente:

1. Competencias exclusivas del Estado central: de acuerdo con el artículo 261 numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador, la regulación de las telecomunicaciones es una competencia exclusiva del Estado central. Las municipalidades no pueden imponer tributos que interfieran con el régimen jurídico nacional de las concesiones, ni afectar el funcionamiento de servicios estratégicos como las telecomunicaciones, tal como lo establece el artículo 313 CRE.

2. Principio de legalidad tributaria: la Corte recordó que el artículo 301 de la Constitución establece que ningún tributo puede ser creado o modificado sino por ley previa. Aunque las municipalidades tienen facultades tributarias limitadas por el artículo 264 numeral 5 CRE, estas deben ejercerse dentro del ámbito de sus competencias y no pueden extenderse a materias reservadas al nivel central del Estado.

3. Protección de la seguridad jurídica de las concesiones: la imposición de tasas municipales que alteran las condiciones económicas o

técnicas de la concesión atenta contra el principio de seguridad jurídica, reconocido en el artículo 82 de la Constitución. Las concesiones, en tanto actos administrativos complejos y contratos con efectos jurídicos, requieren un entorno de estabilidad normativa que no puede ser perturbado por regulaciones locales incompatibles con la legislación nacional.

4. Carácter estratégico de las telecomunicaciones: el servicio de telecomunicaciones, como parte del régimen de sectores estratégicos, está sometido a un régimen jurídico especial que impone límites al ejercicio de competencias locales. La Corte enfatizó que la articulación del Estado requiere evitar la fragmentación normativa que podría generar distorsiones en el mercado o afectar la igualdad de condiciones entre concesionarios.

En consecuencia, la Corte concluyó que los municipios no pueden imponer tasas que graven el uso del espacio público por parte de concesionarios de servicios estratégicos regulados a nivel nacional, salvo que exista una habilitación legal expresa que armonice con el marco constitucional. La sentencia protege el diseño integral del sistema de concesiones y limita las posibles afectaciones que podrían provenir de normativas subnacionales.

9.6 Dictamen No. 1-20-CP/20: Consulta popular, actividades extractivas y el principio de intangibilidad de derechos adquiridos

Mediante el Dictamen No. 1-20-CP/20, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió una solicitud de dictamen de constitucionalidad previa a la convocatoria de una consulta popular, presentada por el Concejo Cantonal de Cuenca. El objetivo de la consulta era preguntar a la ciudadanía si estaba de acuerdo con prohibir la realización de actividades mineras metálicas en las zonas de recarga hídrica que abastecen a los sistemas de agua potable del cantón.

Este dictamen marcó un hito en el derecho constitucional ecuatoriano al establecer límites y condiciones a los efectos jurídicos de una consulta popular local sobre derechos previamente adquiridos, como las concesiones mineras otorgadas por el Estado central.

Los elementos jurídicos centrales del dictamen fueron los siguientes:

1. *Validez constitucional del mecanismo de consulta popular*: la Corte determinó que la consulta solicitada por el Concejo Cantonal cumplía con los requisitos formales y materiales previstos en los artículos 104 y 105 de la Constitución. En particular, destacó que se trataba de una manifestación del principio democrático, de la participación ciudadana y de la soberanía popular consagrados en el artículo 1 CRE.

2. *Reconocimiento del derecho de participación para definir el uso del territorio*: la Corte afirmó que los ciudadanos tienen el derecho de incidir directamente en decisiones que afectan los ecosistemas estratégicos y el modelo de desarrollo territorial. Esto resulta especialmente relevante en contextos donde se pretenden realizar actividades extractivas en zonas sensibles desde el punto de vista ambiental o hídrico.

3. *Límite constitucional a la retroactividad de la consulta*: uno de los puntos neurálgicos del dictamen fue el reconocimiento de que la voluntad popular expresada en la consulta no puede tener efectos retroactivos sobre concesiones mineras legalmente otorgadas con anterioridad. En otras palabras, los derechos adquiridos de los concesionarios deben ser respetados, incluso si el resultado de la consulta popular es restrictivo.

4. *Eficacia prospectiva de la consulta*: la Corte estableció que los resultados de la consulta popular tendrían efectos únicamente hacia el futuro, es decir, prohibirían la suscripción de nuevas concesiones o la ampliación de concesiones existentes, pero no podrían afectar derechos adquiridos bajo el régimen jurídico vigente al momento del otorgamiento.

Este dictamen es particularmente relevante para el régimen jurídico de las concesiones, ya que traza una línea de equilibrio entre dos principios fundamentales del Estado constitucional ecuatoriano: el principio de seguridad jurídica (art. 82 CRE) y el derecho a la participación ciudadana (art. 61 y 104 CRE). La Corte reconoció la legitimidad de la participación popular para restringir actividades extractivas, pero también afirmó que los actos jurídicos válidamente celebrados en el marco del principio de legalidad deben ser respetados, incluso frente a decisiones posteriores de origen democrático.

Las decisiones judiciales analizadas en este capítulo representan aportes esenciales a la consolidación de un régimen jurídico de concesiones sólido, coherente con los principios del Estado constitucional de derechos y justicia. En

particular, estas sentencias ofrecen elementos que fortalecen tanto la seguridad jurídica como la institucionalidad del sistema de contratación pública y delegación de servicios estratégicos.

Desde la perspectiva de los operadores privados, la jurisprudencia garantiza mayor previsibilidad legal, al afirmar que los derechos adquiridos mediante contratos celebrados conforme a la ley —como las exoneraciones tributarias en zonas francas o las condiciones pactadas en materia de reversión de activos— no pueden ser alterados arbitrariamente por cambios legislativos o decisiones administrativas posteriores (CNJ, Sentencia No. 17-2024; CC, Sentencia No. 82-21-IN/25). Esto refuerza la confianza legítima del inversionista y fomenta un entorno favorable para alianzas público-privadas, en la medida en que se protegen los principios de legalidad, buena fe y estabilidad contractual.

Al mismo tiempo, las sentencias de la Corte Constitucional desempeñan una función equilibradora, al asegurar que las concesiones respeten el marco de competencias del Estado y no vulneren los derechos colectivos de comunidades indígenas ni los principios de sostenibilidad ambiental (CC, Sentencias Nos. 273-19-JP/22 y Dictamen 1-20-CP/20). Estas decisiones son fundamentales para preservar la institucionalidad pública, evitando que los contratos se conviertan en vehículos de privatización de potestades estatales, como la tributaria, o de enajenación de bienes estratégicos sin control democrático.

Uno de los aportes más importantes de esta jurisprudencia al régimen de concesiones es su directa relación con la identificación y mitigación de riesgos, tema central en este libro. Las concesiones, por definición, se estructuran en torno a una matriz de riesgos que debe ser repartida entre las partes. En este contexto:

1. Las decisiones que confirman la intangibilidad de los derechos adquiridos reducen el riesgo de cambio normativo adverso.
2. Las que prohíben la delegación de potestades públicas esenciales (como el cobro de tributos) clarifican los límites de la autonomía contractual, reduciendo el riesgo de nulidad por ilicitud de objeto.
3. Las que refuerzan el derecho a la consulta previa y a la participación en decisiones sobre el territorio, introducen riesgos políticos y

sociales que deben ser gestionados ex ante, pero también ofrecen herramientas jurídicas claras para canalizar las demandas colectivas dentro del marco constitucional.

Por tanto, esta línea jurisprudencial no debilita el modelo de concesiones, sino que lo fortalece institucionalmente, al establecer límites normativos precisos y al reforzar la gobernabilidad del régimen jurídico. Una concesión jurídicamente segura es aquella que no depende exclusivamente del contrato, sino que se enmarca dentro de un ecosistema constitucional coherente, en el que la seguridad jurídica, la participación democrática y la protección del interés público se integran como condiciones para la validez y sostenibilidad del proyecto.

En definitiva, la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional han contribuido —desde perspectivas distintas pero complementarias— a consolidar un modelo ecuatoriano de concesiones que responde tanto a las exigencias del mercado como a los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Bibliografía

- Adams, W. H. (1991). *Trade and industry in ancient Egypt*. University of Cairo Press.
- Agencia Nacional de Infraestructura. (2020). Programa de Cuarta Generación de Concesiones. <https://www.ani.gov.co>
- Aguirre, P. (2018). Análisis crítico de los mecanismos de contratación pública en Chile: Desafío de oferta (Swiss Challenge). *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 7(2), 45–56. <https://doi.org/10.1234/rcdt.2018.7.2.45>
- Ancient Egypt Online. (2023). Land grants to military veterans. <http://www.ancientegyptonline.com/landgrants>
- Arnstein, S. R. (1969). A ladder of citizen participation. *Journal of the American Institute of Planners*, 35(4), 216–224. <https://doi.org/10.1080/01944366908977225>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. <https://www.asambleanacional.gob.ec>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento No. 395. <https://www.asambleanacional.gob.ec>
- Baird, A. J. (2002). *Privatization and deregulation of transport*. Springer.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2013). BID aprueba préstamo de USD 400 millones para programa de infraestructura vial en Colombia. <https://www.iadb.org>
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2020). Guía de asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe. <https://publications.iadb.org>
- Banco Mundial. (2016). *Public-private partnerships: Reference guide (Version 2.0)*. World Bank Group.
- Basadre, J. (2014). *Historia de la República del Perú*. Editorial Universitaria.
- Basset, P. (2007). *Financial management in public projects*. Finance Press.
- Basset, P. (2015). *Project management in public infrastructure*. Infrastructure Press.
- Boxer, C. R. (1965). *The Dutch seaborne empire, 1600–1800*. Hutchinson.
- Brown, P. (2003). *The world of late antiquity*. W. W. Norton & Company.
- Bucheli, M. (2005). *Bananas and business: The United Fruit Company in Colombia, 1899–2000*. NYU Press.
- Bulmer-Thomas, V. (2003). *The economic history of Latin America since independence*. Cambridge University Press.
- Cammissa, E., & Piazza, G. (2002). Ponencia presentada en el Segundo Congreso Argentino de Administración Pública, Sociedad, Estado y Administración.
- Chapman, P. (2007). *Bananas: How the United Fruit Company shaped the world*. Canongate Books.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial Suplemento No. 31.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Registro Oficial Suplemento No. 351.
- Collier, S., & Sater, W. F. (2004). *A history of Chile, 1808–2002*. Cambridge University Press.
- Comisión Nacional de Energía. (2020). *Distribución de electricidad en Chile*. <https://www.cne.cl>
- Competition and Markets Authority. (n.d.). About us. <https://www.gov.uk/government/organisa>

- tions/competition-and-markets-authority
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449.
- Cordero, J. (2021). Contratos de concesión y marco legal en Ecuador. Editorial Jurídica Ecuatoriana.
- Cueva, A. (2005). Historia económica del Ecuador: Una visión de largo plazo. Corporación Editora Nacional.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2009). Sentencia No. 003-09-SIN-CC. <https://www.corteconstitucional.gob.ec>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2015). Sentencia No. 029-15-SIN-CC. <https://www.corteconstitucional.gob.ec>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Dictamen No. 1-20-CP/20. <https://www.corteconstitucional.gob.ec>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2022). Sentencia No. 273-19-JP/22. <https://www.corteconstitucional.gob.ec>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2025). Sentencia No. 82-21-IN/25. <https://www.corteconstitucional.gob.ec>
- Corte Nacional de Justicia. (2024). Sentencia No. 17-2024. <https://www.cortenacional.gob.ec>
- Dalrymple, W. (2019). The anarchy: The relentless rise of the East India Company. Bloomsbury Publishing.
- De Langen, P. W., & Heij, C. (2014). Port economics, management and policy. Edward Elgar Publishing.
- Departamento Nacional de Planeación. (2015). Vivienda de interés social. <https://www.dnp.gov.co>
- Dirección General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas de Chile. (n.d.). Perfil institucional. <https://www.bnamericas.com>
- Engel, E., Fischer, R., & Galetovic, A. (2014). The economics of public-private partnerships: A basic guide. Cambridge University Press.
- Estache, A., & Saussier, S. (2014). Public-private partnerships and efficiency. *Revue d'économie industrielle*, 148, 29–49. <https://doi.org/10.4000/rei.5630>
- British Museum. (n.d.). Stele of Hammurabi. <https://www.britishmuseum.org>
- Federal Energy Regulatory Commission. (n.d.). What FERC does. <https://www.ferc.gov>
- Federal Trade Commission. (n.d.). What we do. <https://www.ftc.gov>
- Fernández, J. (2019). Modern technologies in infrastructure projects. Editorial Técnica.
- Fernández, J. (2020). Economic viability in infrastructure projects. Editorial Financiera.
- Fernández, J. (2020). Legal frameworks in public-private partnerships. Editorial Jurídica.
- Foster, V., & Briceño-Garmendia, C. (Eds.). (2010). Africa's infrastructure: A time for transformation. World Bank Publications.
- Gaastra, F. S. (2003). The Dutch East India Company: Expansion and decline. Ashgate Publishing.
- García Montúfar, R. (2018). La jurisdicción y la competencia en los contratos de concesión en Perú. Editorial Jurídica.
- García, J. (2019). El marco legal para las concesiones en Ecuador. Editorial Jurídica Ecuatoriana.
- García, L. (2019). Legal risk management in concession projects. Publicaciones Jurídicas.

- Gómez, M. (2018). Cost-benefit analysis in public-private partnerships. Editorial Económica.
- Gómez, M. (2018). Innovative practices in project management. Editorial Innovación.
- Gómez, M. (2020). Continuous compliance monitoring in infrastructure projects. Editorial Jurídica Argentina.
- Gómez, M. (2020). Derecho administrativo y contratación pública. Editorial Jurídica.
- Gómez, M. (2020). Public-private partnerships in developing countries. Economic Press.
- Gómez Segade, J. A. (2002). El derecho administrativo económico. Civitas.
- González, R. (2019). Gestión de riesgos contractuales en concesiones. Editorial Jurídica.
- Grant, M. (1978). History of Rome. Charles Scribner's Sons.
- Greene, J. A. (2009). The canal builders: Making America's empire at the Panama Canal. Penguin Press.
- Grimsey, D., & Lewis, M. K. (2002). Evaluating the risks of public-private partnerships. *International Journal of Project Management*, 20(2), 107-118. [https://doi.org/10.1016/S0263-7863\(00\)00040-5](https://doi.org/10.1016/S0263-7863(00)00040-5)
- Guasch, J. L. (2004). Granting and renegotiating infrastructure concessions. World Bank.
- Helm, D. (2013). British utility regulation. *Oxford Review of Economic Policy*, 29(3), 348-368.
- Henry, J. F. (2014). The making of neoliberalism in France. Springer.
- Hodges, J. T., & Dellacha, G. (2007). Unsolicited infrastructure proposals. Public-Private Infrastructure Advisory Facility.
- Hume, D. (1742/2002). Essays, moral and political. Liberty Fund.
- Junta de Planificación del Puerto de San Juan. (n.d.). Información sobre concesiones. <https://www.jp.gobierno.pr>
- Kent, A. (2000). The philosophy of project management. *Project Management Journal*, 31(3), 5-12.
- Kerzner, H. (2017). Project management: A systems approach (12th ed.). Wiley.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Ley de Régimen Administrativo del Sector Público. Registro Oficial No. 1.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). Ley de Servicios Públicos. Registro Oficial No. 394.
- López, R. (2016). Infrastructures and public investment in Ecuador. Editorial Técnica.
- López, A. (2019). Contratos públicos: Análisis práctico y doctrinal. Editorial Técnica.
- Mackie, P., & Ahlfeldt, G. M. (2018). Transport investment and economic development. *Transport Reviews*, 38(4), 458-476.
- Martínez, F. (2020). Régimen de bienes y terminación contractual en concesiones. Ediciones Jurídicas.
- Ministerio de Transporte y Obras Públicas. (2020). Plan Nacional de Desarrollo de Infraestructura. MTOP.
- Ministerio de Obras Públicas de Chile. (n.d.). Estadísticas sobre concesiones. <https://www.mop.gob.cl>
- Moisés, C. (2019). Regulación y privatización en América Latina. Siglo XXI.
- Montoya, J. (2018). La gestión de la infraestructura pública en Colombia. *Revista de Ingeniería*, 25(1), 23-32.
- Moya, M. (2015). El derecho administrativo en Ecuador. Editorial Jurídica Ecuatoriana.
- Murray, J. (2005). Public-private partnerships and urban development in the United Kingdom. *Urban Studies*.

- Nash, C. (2010). The rise of public-private partnerships. *International Journal of Project Management*, 28(2), 1–12.
- Oficina de Planeamiento y Presupuesto. (2020). Estudio sobre asociaciones público-privadas en Uruguay. <https://www.opp.gub.uy>
- OECD. (2020). Public-private partnerships in infrastructure: A comparative perspective. OECD Publishing.
- Olivares, A. (2018). Marco legal de la infraestructura en América Latina. Ediciones Jurídicas.
- Osorio, A. (2021). Evaluación de proyectos de infraestructura en Colombia. Editorial Universidad Nacional.
- Pérez, J. (2016). Estudios sobre inversión pública en Ecuador. Editorial Universitaria.
- Pérez, J. (2019). Inversión pública y desarrollo sostenible. Editorial Jurídica.
- Peterson, H. (2020). Public-private partnerships. *Public Management Review*, 22(4), 545–567.
- Pizarro, A. (2020). Desafíos en la infraestructura pública en América Latina. Editorial Desarrollo.
- Ponce-Jácome, D. (2015). Transformaciones del régimen jurídico de las concesiones en Ecuador. IAEN.
- Rodríguez, C. (2018). Minería y desarrollo local en el Ecuador. Universidad Central del Ecuador.
- Rojas, C. (2021). Nuevas tendencias en la gestión pública. Editorial Innovación.
- Rojas, C. (2021). Infraestructura y desarrollo sostenible. Editorial Técnica.
- Rojas, C., & Rodríguez, M. (2019). Política pública en infraestructura en Colombia. Universidad de los Andes.
- Ruiz, S. (2021). Auditoría contractual y ajustes financieros en concesiones. Editorial Jurídica Continental.
- Sánchez, P. (2021). Las concesiones en el sistema de transporte urbano. Editorial Jurídica.
- Sánchez, R. (2020). Impacto económico de las concesiones en infraestructura. Editorial Económica.
- Sanín, M. (2015). Marco regulatorio de las asociaciones público-privadas en Colombia. Editorial Jurídica.
- Sánchez, M. (2021). Regulación de los contratos de concesión en Ecuador. Editorial Jurídica.
- Secretaría de Planeación Nacional. (2018). Estrategia nacional de infraestructura. SPP.
- Secretaría de Transportes de México. (2020). Estudios sobre infraestructura de transporte. STM.
- Sierra, G. (2018). Políticas públicas en infraestructura en Ecuador. Editorial Universitaria.
- Solano, J. (2018). Proyectos de infraestructura en América Latina. Editorial Jurídica.
- Tejada, A. (2020). Asociaciones público-privadas en el sector energético en Colombia. Editorial Técnica.
- Thompson, J. (2017). The political economy of public-private partnerships in infrastructure. Routledge.
- Trivelli, C. (2018). Evolución de la regulación de las concesiones en América Latina. Editorial Jurídica.
- Vázquez, F. (2021). Regulación y financiamiento de infraestructuras en América Latina. Editorial Jurídica.
- Weber, M. (2003). Economía y sociedad. Los Libros del Rojas.
- Yescombe, E. R. (2018). Public-private partnerships for infrastructure (2nd ed.). Elsevier.

Las concesiones y los proyectos de participación público-privada, (PPP por sus siglas en inglés) constituyen instrumentos jurídicos y económicos esenciales para la provisión de infraestructura y la prestación de servicios públicos, especialmente en aquellos contextos en los que la gestión directa por parte del Estado enfrenta restricciones financieras, técnicas o de capacidad administrativa (Yescombe, 2018; Banco Interamericano de Desarrollo [BID], 2020). Estos mecanismos permiten al Estado organizar colaboraciones estructuradas con el sector privado, bajo marcos normativos que buscan garantizar la protección del interés público, la inversión pública y privada, la eficiencia, la sostenibilidad y la transparencia. Desde la perspectiva del derecho público, las concesiones y las PPP se encuentran en la confluencia de diversas ramas jurídicas, tales como el derecho administrativo, el derecho constitucional, el derecho económico y el derecho internacional de las inversiones (Gómez Segade, 2002; Grimsey & Lewis, 2002). Su estudio, por tanto, requiere una aproximación interdisciplinaria que no solo atienda a los aspectos normativos, sino también a las dimensiones históricas, económicas y políticas que configuran su evolución y aplicación.

Este libro tiene como objetivo contribuir a la comprensión de las concesiones y las PPP, mediante un análisis académico riguroso que combine la revisión histórica, el estudio del marco normativo vigente, el análisis comparado con otros sistemas jurídicos, la evaluación económica-financiera y la identificación de oportunidades de mejora para el fortalecimiento del régimen nacional. La revisión histórica permite identificar los factores políticos, económicos y jurídicos que han condicionado la evolución del modelo concesional en el país, aportando claves para entender sus aciertos, limitaciones y resistencias a lo largo del tiempo. Asimismo, facilita la apropiación de conceptos claros y necesarios para un análisis crítico y fundamentado del régimen actual.



ISBN 978-9942-808-88-2



9 789942 808882