



GRUPO
CEAS
ABOGADOS & CONSULTORES



**“LAS DELEGACIONES CONTRACTUALES Y
LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS SON
TAMBIÉN PARTE DE LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA”**

POR: INÉS MARÍA BALDEÓN B.

PHD en Derecho, Doctora Internacional en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Postdoctora en Inteligencia Artificial, MBA en Alta Dirección de Empresas, MBA en Administración de Negocios, Máster en Derecho Constitucional, Especialista en Contratación Pública, Máster en Comunicación Corporativa, Conferencista, Catedrática Universitaria y Asesora Empresarial en Ecuador y España, Directora General de **GRUPO CEAS ABOGADOS & CONSULTORES**.

ibaldeon@ceas.com.ec
www.grupoceas.com.ec



RESUMEN

En este artículo se señala que tanto las Alianzas Estratégicas -AE- como las Delegaciones Contractuales -DC- (también denominadas Concesiones, Asociaciones Público Privadas -APP- o Gestiones Delegadas por Contrato) forman parte de la Contratación Pública, aunque en el Ecuador no estén contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP- ni estén reguladas por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP-. Las AE y las DC se incluyen dentro de lo que he decidido denominar Contratación Pública No Tradicional -CPNT-, por cuanto los objetos de contratación son la ejecución de proyectos con un traslado (DC) o una compartición (AE) de riesgos.

PALABRAS CLAVES

Contratación Pública Tradicional (CPT), Contratación Pública No Tradicional (CPNT), Delegación Contractual (DC), Gestión Delegada por Contrato (GDC), Concesiones, Asociaciones Público Privadas (APP), Alianzas Estratégicas (AE), Sectores Estratégicos (SE), Servicio Público (SP), Servicio de Interés General (SIG), Servicio Público Impropio (SPI), Contratación Pública Estratégica (CPE), Riesgo.

CONTENIDO

I. Introducción. II. Ubiquemos la Palabra Estratégica. III. Diferenciación entre Contratación Pública Tradicional (CPT) y Contratación Pública No Tradicional (CPNT). IV. Las Delegaciones Contractuales (DC) y las Alianzas Estratégicas (AE) como parte de la denominada Contratación Pública No Tradicional (CPNT). V. Análisis casuístico VI. Conclusiones. VII. Recomendaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores retos que como experta en el ámbito de la Contratación Pública y catedrática universitaria, he tenido que asumir, sobre todo a nivel ecuatoriano, ha sido explicar y sustentar que la Contratación Pública no solo se limita a la provisión de bienes, construcción de obra pública o prestación de servicios, incluidos los de consultoría, sino que también forman parte de ésta, la ejecución de proyectos en los que el Estado comparte o traslada los riesgos a un tercero; situaciones que obviamente -en el caso ecuatoriano - no están incluidas en la casuística de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LONSCP) ni están reguladas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), pero siguen siendo parte de la Contratación Pública.

Anecdóticamente, recuerdo que más de una vez, ya sea en el libre ejercicio de mi profesión como abogada o en mi calidad de académica, cuando hemos tenido que tratar sobre una Delegación Contractual o sobre una Alianza Estratégica, he escuchado decirme: "Inés María, esto no es Contratación Pública"; y yo les he replicado en tono satírico: "Entonces, "alma mía", ¿qué es?, ¿acaso Contratación privada?" "Porque solo tienes dos opciones, o es Contratación Pública, o es Contratación privada, no puede haber contrataciones "limbo".

La respuesta que he recibido es que "esas contrataciones no están contenidas en la LOSNCP, ni las regula el SERCOP". Y yo he tenido que aclarar que el hecho que no estén en dicha ley o bajo la indicada regulación, no las deja fuera del ámbito del Derecho Público Contractual, es decir de la Contratación Pública; con el adicional de que es en las Delegaciones Contractuales y en las Alianzas Estratégicas en donde está "el grueso" de la Contratación Pública y por lo tanto, los especialistas y masters de la materia y en general los que se precien de decir que saben Contratación Pública, están en la obligación ineludible de entender y comprender esta realidad y aprender de qué se tratan dichos procedimientos de contratación.

El objetivo de este artículo será explicar, ojalá de manera más o menos sencilla y con tintes didácticos, los contenidos diferenciadores tanto de las Delegaciones Contractuales como de las AlianzasEstratégicas.



II. UBIQUEMOS LA PALABRA “ESTRATÉGICA”.

A lo largo de este artículo usaré la palabra “estratégica” unida a tres palabras distintas:

Contratación, Sectores y Alianzas, quedando como resultado las palabras: Contratación Pública Estratégica, Sectores Estratégicos y Alianzas Estratégicas.

Los significados son distintos, conforme señala a continuación:



Fotografía GRUPO CEAS

1. Contratación Pública Estratégica: Cuando usamos esta denominación nos estamos refiriendo a un “plus”; a ese “algo más” que está detrás de un contrato público, sea éste tradicional o no tradicional.

Pondré un ejemplo para referirme a ese plus. Si se contrata la construcción de una obra, esta es parte de la Contratación Pública Tradicional CPT que ya la explicaré más adelante. Se genera Contratación Pública Estratégica (CPE) cuando se pide que en la ejecución de esa obra haya inclusión de mano de obra ecuatoriana, o que la obra sea construida por ecuatorianos o con participación de micro o pequeños proveedores ecuatorianos. El objeto del contrato es entonces la construcción y el “plus estratégico” es la generación o empleo de mano de obra nacional o la dinámica del sector micro y pequeño empresarial, o la inclusión de sectores vulnerables o menos favorecidos. Se logra no solo la obra, sino la generación de otros componentes de valor adicionales, eso es Contratación Pública Estratégica.

2. Sectores Estratégicos: El sector estratégico – según la definición del artículo 313 de la Constitución de República- es aquel que tiene importancia fundamental para el Estado; por tratarse de su patrimonio en sí mismo o uno de vital trascendencia para su vida; denota el por qué y el para qué existe el Estado.

Un Estado moderno tiene que saber gestionar y administrar sus sectores estratégicos para generar rentabilidad social y económica y prestar eficientes servicios públicos. Si hace bien las dos cosas, es decir si gestiona bien su patrimonio y presta excelentes servicios públicos, se justifica la existencia del Estado o del sector público.

3. Alianzas Estratégicas: Las alianzas estratégicas son contratos públicos, consagrados en el artículo 35 de la LOEP que los celebran las empresas públicas (EP) como entes contratantes; y, como contraparte, están contratistas que actúan como socios porque vienen a reforzar la actividad empresarial pública a través del aporte que dan.

Los socios estratégicos de una EP pueden ser públicos o privados.

La forma de selección de los socios, según lo dispuesto en el artículo 35 de la LOEP es por concurso público si es que los socios son privados. Y puede ser por contratación directa en el caso de que el socio sea una empresa pública nacional o extranjera, o que, aunque el socio sea privado, tenga el carácter de empresa subsidiaria de una empresa pública nacional o extranjera.

III. DIFERENCIACIÓN ENTRE CONTRATACIÓN PÚBLICA TRADICIONAL Y NO TRADICIONAL: OBJETOS DE LA CONTRATACIÓN.

Como consecuencia del tema anecdótico que explico en la Introducción de este artículo, para efectos académicos, comencé a usar los términos “Contratación Pública Tradicional (CPT)” y “Contratación Pública No Tradicional (CPNT)”, para diferenciar los objetos de contratación.

No son conceptos recogidos así en la norma nacional, sino que nacen de mi decisión doctrinaria de poder separar para efectos didácticos a la CPT de la CPNT.

La diferenciación entre una y otra está en el objeto contractual del que se trate.

1

La CPT es aquella cuyo objeto es la contratación de obras, bienes y servicios; y que, por lo tanto, sus procedimientos están contenidos fundamentalmente en la LOSNCP y regulados por el SERCOP.

La contratación de obras, bienes y servicios aun cuando no estén regulados en la LOSNCP, sigue siendo CPT, a pesar de que dichas contrataciones se sometan a la normativa internacional como del BID, CAF, Banco Mundial o similares, o sin perjuicio de que la contratación se realice dentro o fuera del país, e independientemente del régimen del que se trate, sea común, dinámico, especial o de régimen especial.

2

La CPNT es aquella cuyo objeto de contratación es la ejecución de proyectos públicos, en los que el Estado traslada o comparte riesgos sea con delegatarios o sea con socios, a través de delegaciones contractuales o alianzas estratégicas, según sea el caso.

Este tipo de contrataciones no está regulado en la LOSNCP, sino en otros cuerpos normativos, como son el Código Orgánico Administrativo (COA), el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas (LOIAPP), la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) y diferentes leyes sectoriales, orgánicas o comunes, que pueden regular o referirse a áreas como las telecomunicaciones, el agua, la minería, la electricidad, etc.

Si se traslada el riesgo estaríamos hablando de delegaciones contractuales, conocidas también como Gestiones Delegadas, Concesiones o Asociaciones Público Privadas. Cuando nos referimos a cualquiera de estos conceptos, estamos hablando de Contratos, en donde el Estado traslada el riesgo de la ejecución de un proyecto a un tercero, que se encarga en nombre del Estado, pero bajo su riesgo propio -el del tercero- a ejecutar un proyecto determinado.


Cuando se comparte el riesgo, es decir el Estado a través de una empresa pública (EP), busca un socio, con quien en conjunto va a ejecutar un proyecto, estaríamos refiriéndonos a lo que en el Ecuador se conoce como Alianzas Estratégicas.

Tanto la CPT como la CPNT, forman parte en conjunto de la Contratación Pública, es decir tienen al Estado como ente contratante; y por lo tanto son parte del Derecho Público Contractual y en general del Derecho Administrativo y deben, en consecuencia, seguir los principios rectores

de dicho ámbito jurídico; debiendo hacer solo aquello que esté permitido, porque se está en la esfera de lo público. El que la CPT esté en unas normas y la CPNT en otras normas, no significa, entonces, que la primera sea Contratación Pública; y la segunda no, sino que las dos forman parte de un mismo sistema normativo, solo que previsto en diferentes normas, dependiendo del objeto de la contratación.

El objeto de la CPT, insistimos, es la contratación de obras, bienes y servicios. El objeto de la CPNT es la ejecución de proyectos en riesgo trasladado o compartido por parte del Estado con terceros.

Señalar también que la CPNT no puede - no debe - ser vista como un "comodín de elusión" de la CPT, porque más de una vez se ha visto que muchos funcionarios públicos para "huir o escaparse de la CPT", han creído que pueden aplicar la CPNT, aunque manteniendo el objeto y alcance de una CPT.



Dicha decisión, ha implicado que los contratos terminen siendo un "frankenstein" o una fanesca contractual", que sin ton ni son, usan pliegos de CPT, solo haciendo un "control búsqueda" y un "control reemplaza", para cambiar la "provisión de obras o bienes", por la de "ejecución de proyectos", como que eso fuera todo lo que hay que hacer para ejecutar proyectos en modalidad CPNT.

La modalidad CPNT implica en forma real determinar el contenido y alcance de un proyecto, en donde el objeto central es trasladar o compartir el riesgo, contractual; trasladándolo a través de una delegación contractual, o compartiéndolo a través de una alianza estratégica.

IV. LAS DELEGACIONES CONTRACTUALES Y LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS COMO PARTE DE LA DENOMINADA CONTRATACIÓN PÚBLICA NO TRADICIONAL (CPNT).

Se ha dicho de forma precedente y se insiste ahora que las Delegaciones Contractuales y las Alianzas Estratégicas son Contratos Públicos y forman parte de la Contratación Pública. Al tener objetos de contratación que rebasan la provisión de bienes, prestación de servicios o construcción de obras, superan el ámbito de la LOSNCP y forman parte de lo que doctrinariamente denomino Contratación Pública No Tradicional.

a. ¿Qué son las Delegaciones Contractuales?

Las Delegaciones Contractuales son también conocidas como Gestiones Delegadas por Contrato, o Asociaciones Público Privadas o Concesiones, en cualquier caso son contratos públicos en donde el Estado decide trasladar el riesgo de la ejecución de un proyecto a un contratista que actúa como delegatario del sector público.

b. ¿Cuántos tipos de Delegaciones Contractuales existen en el Ecuador?

En el Ecuador podríamos hablar de dos tipos de Delegación Contractual.

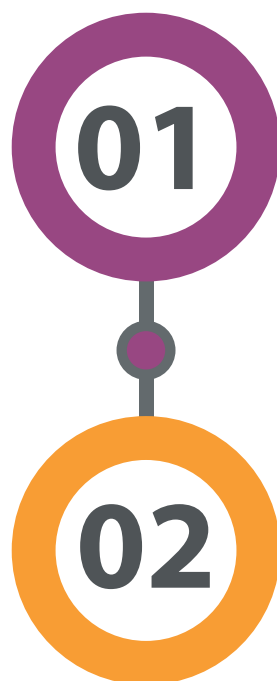
Por un lado, las Delegaciones Contractuales que se dan para la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos.

Por otro lado, las Delegaciones Contractuales referidas a los servicios de interés general, también conocidos como Servicios Públicos Impropios.

1. Las Delegaciones Contractuales en Sectores Estratégicos y Servicios Públicos.

La regla general tratándose de Sectores Estratégicos y Servicios Públicos, por así disponerlos los artículos 313 a 316 de la Constitución de la República del Ecuador, es que éstos tienen que ser gestionados y/o provistos por el Estado a través de las Empresas Públicas.

Las Empresas Públicas cuando gestionan los sectores estratégicos o prestan los servicios públicos, no están actuando por delegación del Estado, ya que las empresas públicas forman parte del propio Estado, es decir son designadas por éste para cumplir dicha actividad.



Fotografía referencial: web.

También por regla general, por así disponerlo el primer inciso del artículo 316 de la Constitución de la República, puede delegarse la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos a empresas de economía mixta, siempre que, en las mismas, haya capital público mayoritario.

En dicho caso ya no actúa directamente el Estado, pues la empresa de economía mixta no es el Estado, por lo cual se requiere una delegación para que sea este otro ente de economía mixta el que gestione los sectores estratégicos o preste los servicios públicos.

A este tipo de delegación lo he denominado "primer nivel de delegación contractual" y no requiere excepcionalidad, ya que es parte de la regla general.

Un segundo nivel de delegación -y ya de carácter excepcional- es la delegación contractual hacia actores de la economía mixta (AEPS) o empresas privadas, nacionales o extranjeras.

Esta delegación es excepcional, porque la regla general es que los

sectores estratégicos y el servicio público sea dado por las empresas públicas directamente o por delegación a empresas de economía mixta de mayoría del Estado.

Si no se puede cumplir la regla general en cualquiera de las dos opciones, el Presidente de la República puede emitir un decreto de excepción, justificando que no hay o no puede cumplir dicha actividad una empresa pública o una empresa de economía mixta de mayoría del Estado, y en cuyo caso, se puede permitir la delegación a una empresa de economía privada o a un AEPS; y en cualquier caso para la delegación excepcional, siempre después de un concurso público.

La Delegación Contractual, sea hacia empresas de economía mixta de mayoría del Estado o sea a favor de los AEPS o empresas privadas, es hecha por la máxima autoridad de la entidad delegante.



2. Las Delegaciones Contractuales para Servicios de Interés General o de Servicios Públicos Impropios.

En tratándose de los Servicios de Interés General conocidos también como Servicios Públicos Impropios, la regla general es hacer concursos públicos para delegar a quien resuelva motivadamente la entidad delegante, sin necesidad de justificar por qué no lo puede o no lo quiere hacer el Estado es decir sin seguir el primer y segundo nivel de delegación previstos en el artículo 316 de la Constitución de la

República, y, en consecuencia, sin necesidad de declarar la excepcionalidad requerida para los sectores estratégicos y servicios públicos.

3. La seguridad jurídica en los contratos de gestión delegada.

Los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador consagran como derecho constitucional a la seguridad jurídica.

Dicho derecho permite a las personas ya sean naturales o jurídicas, que realizan contratos con el Estado, tener certeza de que su situación jurídica no va a ser alterada de manera arbitraria por las autoridades y que las relaciones que mantengan con entes públicos serán protegidas, pues de manera previa las "reglas del juego" fueron ya establecidas, y, en consecuencia, las personas tienen pleno conocimiento de las acciones y consecuencias que esto acarrea.

Un claro ejemplo de la aplicación de la seguridad jurídica se evidencia en estos contratos de gestión delegada, pues tienen un plazo de duración de 15 años como mínimo, en donde el gestor privado se enfrenta a muchos riesgos, siendo el principal, la seguridad jurídica; pues si las "reglas de juego" cambian de la noche a la mañana, su gestión se vería completamente afectada.

La Corte Constitucional ya ha expuesto en varias ocasiones que las personas deben contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, coherente y estable que brinde nociones acerca de la contratación que se llevará a cabo. Así las cosas, al tener un panorama con las reglas que serán aplicadas, brindaría certeza al individuo que realizará el procedimiento de contratación pública no tradicional.

Así las cosas, cuando la empresa privada participa en estos procedimientos no tradicionales, primordialmente busca que la administración pública observe lo prescrito en la Constitución y en las leyes, y por consiguiente que le dé la certeza que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente.

En consecuencia, con reglas claras previamente establecidas, la empresa privada participará en estos procedimientos con la confianza plena de un respaldo jurídico que no será modificado por antojos de la administración.

c. ¿Qué son las Alianzas Estratégicas?

Las Alianzas Estratégicas son Contratos Públicos, es decir forman parte de la Contratación Pública.

El ente contratante de una Alianza Estratégica por disposición del artículo 35 de la LOEP siempre va a ser una Empresa Pública ecuatoriana, las denominadas EP.

Las EP pueden ser creadas por Decreto Ejecutivo, Acuerdo Ministerial, Ordenanza o cualquier otro instrumento jurídico similar.

El contratista de una Alianza Estratégica actúa como socio de la empresa pública y viene a reforzar la actividad contractual de la empresa pública y no a sustituirla. Esto quiere decir que tanto la empresa pública como el socio o aliado estratégico actúan en conjunto, cada uno cumpliendo la actividad que le corresponde, para reforzar la actividad de la empresa pública y con la debida compartición de riesgos.

Para que haya una potente Alianza Estratégica se requiere que la EP sea en sí misma potente, que tenga experiencia, que sepa hacer la actividad para la que fue creada y que, para fortalecer su actividad empresarial, busque socios que complementen con su propia experticia lo que hace la empresa pública.

En la práctica y contrario a lo señalado, se han creado empresas públicas "sin que éstas sepan saber leer ni escribir", dirigidas por gerentes generales que no diferencian la actividad empresarial pública (que es buscar rentabilidad -del tipo que sea- pero rentabilidad al fin) de la actividad en general del Estado.

Se ha hecho común crear empresas públicas sin más, con toda la infraestructura que éstas demandan, y con la asignación de recursos públicos permanentes, para que éstas una vez creadas, busquen empresas en calidad de "aliadas estratégicas" para que sean estas últimas las que hagan la actividad que le corresponde a una empresa pública y que las EP queden como figuras decorativas o supervisoras de la actividad del aliado estratégico; desnaturalizando el concepto de la empresa pública y de la justificación de su existencia; con el agravante adicional que a veces dichas alianzas estratégicas han servido de "pantalla" para hacer un bypass a la Contratación Pública Tradicional.

En efecto, se han constituido empresas públicas que a su vez han celebrado aparentes -y no reales alianzas estratégicas- dejando en manos del aliado estratégico la ejecución de un contrato tradicional; es decir el aliado estratégico ha quedado así solo en la forma, porque en el fondo éste ha venido a sustituir a la empresa pública, que ha sido escogida por un ente de contratación en modelo de contratación tradicional, afectándose el derecho de la competencia, pues el ente contratante ha celebrado una contratación "interadministrativa" con la empresa pública, de forma directa, obviando el concurso.

La empresa pública a la vez ha celebrado una alianza estratégica, también “entre gallos y media noche”, aparentando un concurso público, que no ha sido tal en la práctica, para buscar un socio estratégico, quien ha venido a cumplir la actividad de la empresa pública contratista frente al ente público contratante; sin que ésta -la empresa pública- haya hecho otra cosa que no sea “aparentar” que está formando parte de la alianza estratégica, a veces solo para el “show” de la firma del contrato, dejando al final como único ejecutante del proyecto al socio estratégico; y sin que en la práctica se haya fortalecido la actividad empresarial pública, que más que una norma como tal, requiere para su funcionamiento que exista de verdad una actuación empresarial, con todo lo que ello conlleva y significa.

Adicionándose como agravante que el bypass de pasar por una empresa pública a que sea ejecutada por el aliado estratégico ha inflado generalmente los costos del proyecto en sí, por tener que destinar una parte de los recursos económicos del proyecto a la empresa pública que solo ha servido como vehículo y no como ejecutor real del proyecto.

Se insiste entonces que para que haya una verdadera alianza estratégica, se requiere una verdadera y potente empresa pública que sepa hacer lo que le corresponde y que busque a un socio o aliado para fortalecer la actividad empresarial pública.

d. Semejanzas y Diferencias entre Delegación Contractual y Alianza Estratégica.

Semejanzas:

01 Tanto la Delegación Contractual como la Alianza Estratégica son Contratos Públicos y por lo tanto forman parte de la Contratación Pública.



02 La Delegación Contractual y la Alianza Estratégica forman parte de la que yo denomino Contratación Pública No Tradicional.



03 El objeto de la Delegación Contractual y de la Alianza Estratégica es la ejecución de proyectos.



04 Tanto en la Delegación Contractual como en la Alianza Estratégica se discuten y negocian riesgos.



05 Normalmente son contratos de larga duración, para efectos de la recuperación de la inversión que realizan los contratistas.



06

Las dos requieren pliegos de contratación y negociación de las condiciones de ejecución de los proyectos y de la asunción de riesgos.



07

Tanto el Delegatario Contractual como el Aliado Estratégico buscan siempre obtener rentabilidad económica conforme a los riesgos que asuman; es decir no puede el Estado creer que va a delegar o buscar un aliado estratégico para ejercer actividades o proyectos que no se sustenten o no encuentren rentabilidad para los delegatarios o aliados.



08

Ni la Delegación Contractual ni la Alianza Estratégica implican privatización, porque en ningún caso hay traslado de la propiedad de un proyecto de forma definitiva al delegado o socio.



Diferencias:

01. El ente de contratación de una Delegación Contractual es el que tenga para sí, la competencia que se va a delegar, normalmente un ministerio, un municipio, un consejo provincial.

El ente de contratación de una Alianza Estratégica es siempre una Empresa Pública.

02. En la delegación contractual el ente contratante es sustituido en la ejecución de un proyecto por el delegatario, concesionario, gestor o contratista, quien actúa en nombre del ente contratante y opera el proyecto a riesgo del contratista.

En la Alianza Estratégica, la empresa pública se mantiene actuando en conjunto con el socio o aliado estratégico, en una compartición de riesgos conforme se haya negociado su distribución.

03. Las delegaciones contractuales siempre se adjudican por concurso público, a excepción de la delegación a una empresa de economía mixta de mayoría del Estado.

Las alianzas estratégicas tienen dos mecanismos de selección del socio: o por concurso público cuando el socio estratégico es una empresa privada; o por contratación directa cuando el socio estratégico es una empresa pública, nacional o internacional, o una empresa subsidiaria (pública o privada) que dependa de la empresa pública, nacional o internacional.

04. Las delegaciones contractuales que se refieran a la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos se pueden dar a empresas de economía mixta de mayoría del Estado; y solo por excepción a los privados o actores de la economía popular y solidaria.

Los servicios públicos impropios o de interés general se pueden delegar sin seguir la regla antes indicada, observando sí, el correspondiente concurso público.

Las alianzas estratégicas pueden celebrarse, sin excepción, ya sea para sectores estratégicos, servicios públicos o de servicios de interés general, sin la diferenciación prevista en tratándose de delegaciones contractuales.



V. ANÁLISIS CASUÍSTICO Y SU INCIDENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA.

En la cátedra que imparto a mis alumnos de posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar, hemos revisado algunos casos vinculados con la temática de este artículo. Citaré solo para ejemplificar algunos de ellos.

1. El aeropuerto del Tena, se hizo bajo la modalidad de contratación tradicional, pues su objeto fue la construcción de la obra. El riesgo de la operación lo asumió por lo tanto el Estado ecuatoriano.

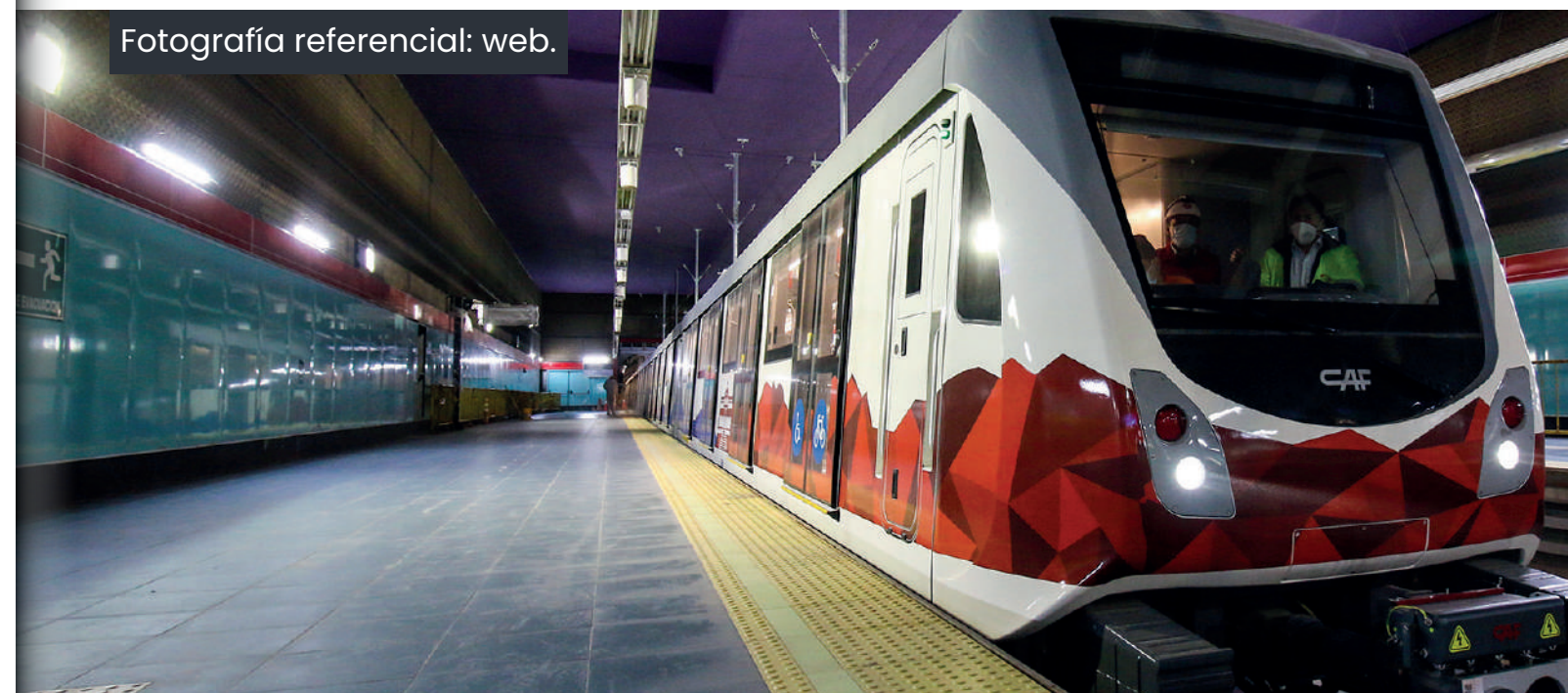
Este aeropuerto hasta la fecha no ha operado y sin embargo eso no obstó para que el constructor de la obra haya cobrado lo que le correspondía, porque dicho contratista no asumió el riesgo de la operación del aeropuerto, sino se limitó exclusivamente a su construcción.

El contratista no tiene que revisar si el aeropuerto va o no a ser rentable en su operación sino limitarse a construir y cobrar por dicha construcción.



Fotografía referencial: web.

Este contrato se pudo haber ejecutado por modalidad no tradicional y para cuyo caso, el objeto además de la construcción hubiese implicado la operación del aeropuerto: y el riesgo ya no se quedaba en manos del Estado y en dicha lógica para que el contratista decida intervenir debía analizar la manera en la que el aeropuerto iba a obtener los recursos desde su operación.



Fotografía referencial: web.

2. La construcción del Metro de Quito, aunque recibió fondos de financiamiento externo y se sujetó a normas internacionales como del BID, la CAF, el Banco Mundial, etc., es decir no se sometió a la LOSNCP, fue un contrato tradicional, porque su objeto fue la construcción; sin que el contratista haya asumido a su riesgo la operación del Metro.

Tan es así, que, a pesar de que el Metro no haya entrado a funcionar o en el hipotético de que nunca operara, esto no impide a que el Contratista constructor tenga el derecho a cobrar la totalidad del costo de la construcción, pues él no se comprometió a operar el metro sino solo a construirlo.

El Metro para que se hubiese ubicado en una Contratación No Tradicional requería que el contratista a más de construir el Metro, asumiera el riesgo de la operación para que, a través de ésta, cubriera el monto correspondiente a la construcción. Para efectos de esta segunda modalidad, había dos opciones:

- O se hubiese optado por una Delegación Contractual que debía hacerla el Municipio de Quito como ente contratante delegando a un privado la construcción y operación del Metro, y justificando la excepción a la regla general, por cuanto el transporte de Metro es un servicio público y debía ser dado por el Municipio de Quito, a través de una empresa pública, o delegando dicha operación a una empresa de economía mixta de mayoría del Estado.

Esta opción de delegación contractual, sin embargo, implicaba reconocer legalmente que la Empresa Pública Metro de Quito debía dejar de existir, pues para que se dé la delegación, se debía declarar que no hay una empresa pública en capacidad de prestar el servicio público o que no está en capacidad de prestar dicho servicio.

- O se hubiese optado por una alianza estratégica, que sea contratada por la Empresa Pública Metro de Quito en búsqueda de un socio que complemente el accionar de la empresa pública.

Sin embargo, lo que sucedió es que la Empresa Pública Metro de Quito cuando decidió hacer una Alianza Estratégica, pretendió en la práctica hacer un traslado de la totalidad de sus actividades al aliado estratégico, lo cual fue resaltado por el Dr. Juan Pablo Aguilar, experto jurista ecuatoriano, quien al atender una consultoría al respecto señaló que aunque el contrato titule alianza estratégica, ésta en definitiva implicaba una delegación contractual que, constitucionalmente no estaba en capacidad de darla una empresa pública, sino que le correspondía cumplir dicha delegación al Municipio de Quito, para lo cual debía reconocer que la EP Metro no estaba en capacidad de prestar el servicio público para el que había sido creada; reiterando en consecuencia que el título no hace al contrato, sino su contenido, naturaleza y alcance.

3. La operación del Metro de Quito sigue estando a la fecha como una responsabilidad de la Empresa Pública, quien no ha logrado contratar un aliado estratégico, requisito para el cual se requiere que además de que el ente contratante está en capacidad de cumplir el objeto para el que fue creado, contrate un socio estratégico que complemente y apoye la ejecución de la actividad de la EP.

No es posible contratar un aliado estratégico para que éste se encargue de hacer lo que le corresponde a la Empresa Pública.



En los últimos meses se dio una adjudicación de servicios que contrató Metro de Quito con la Empresa Pública colombiana Metro de Medellín. Muchos reportes de prensa y boletines de comunicación, decían que se había tratado de una alianza estratégica, situación que jurídicamente no fue así, pues el objeto de la contratación no fue compartir el riesgo de la operación del Metro de Quito, sino que Metro de Medellín se comprometió a brindar servicios de administración como proveedor del Metro de Quito a cambio del pago de un valor determinado por los indicados servicios, es decir bajo una modalidad de contratación pública tradicional.

4. El servicio de transporte aéreo que brindó TAME, se trata por definición de la ley que lo regula, un servicio de interés general o servicio público impropio, es decir no es obligación del Estado de darlo.



Fotografía referencial: web.

Si el Estado decidiera volver a dar dicho servicio lo podría hacer a través de una empresa pública creada para el efecto, o en su lugar, decidir delegar contractualmente a una empresa privada; aunque no sé si en la práctica una empresa privada en dicho caso decidiese participar en un concurso público de delegación contractual, cuando sin necesidad de dicha delegación, puede obtener la autorización y licencia correspondiente para prestar los referidos servicios tal como lo hace LAN, Aerogal, Avianca etc. que no actúan bajo régimen de delegación contractual sino autorizados por la Dirección General de Aviación Civil.

5. El servicio de Correos del Ecuador, tiene un doble componente, por un lado, los servicios de interés general, como los de Courier, y, por otro lado, el servicio postal universal, que es servicio público.

Los primeros servicios al no ser obligación del Estado de darlos, puede o no decidir brindarlos; en cambio el postal universal sí tiene la obligación de darlos, en este caso sea de forma directa por una empresa pública o sea delegando el cumplimiento de dicho servicio a una empresa de economía mixta de mayoría del Estado, o por excepción a una empresa privada o un actor de la economía popular y solidaria, justificando para dicho efecto, que no hay una empresa pública o no está en capacidad de hacerlo.



Fotografía referencial: web.

6. El servicio de transporte ferroviario, así como su infraestructura aeroportuaria, por disposición de la ley, se ubicarían dentro del rango de servicio público, por lo que es obligación del Estado de darlo a través de una empresa pública o por delegación a favor de una empresa de economía mixta de mayoría del Estado. En el caso de que no se pudiera seguir la regla general indicada, entonces se procedería hacer una delegación contractual, en dicho caso requiriendo el decreto de excepción del Presidente de la República, para proceder con la delegación -luego del correspondiente concurso público- a favor de una empresa privada o de un actor de la economía popular y solidaria.

7. Así mismo en clases analizamos más de un caso de pliegos denominados "alianzas estratégicas" que casi nunca fueron tales, pues los objetos de la contratación en lugar de buscar y regular la existencia de un socio de la empresa pública, solo sirvieron para ocultar objetos de contratación tradicional y por lo tanto para eludir los procedimientos de contratación pública tradicional y consiguientemente el control del SERCOP.

Ejemplo de lo indicado fue un pliego que se analizó de la mancomunidad de municipios del Norte que decidió contratar con Movildelnorte, aunque titulaba alianza estratégica, el objeto era de contratación tradicional, pues se trataba de la provisión y venta de equipos y sistemas para fotomultas.

El pliego para dicho efecto que se usó no fue el de uno que busque y regule la existencia de un socio, sino uno basado en un modelo de pliegos del SERCOP previsto para la provisión de bienes; produciéndose situaciones que no se entienden fácil, como que, el "socio" reciba el 37% de los ingresos del proyecto, a cambio de proveer los bienes y sistemas contratados.

Habría que revisar en dicho caso, cuánto terminó costando en la práctica dicha provisión, pues si solo se trataba de comercialización de bienes o sistemas, lo más lógico hubiese sido que se contratase dicho objeto bajo el esquema de venta y no de sociedad.

A lo dicho se añade el hecho de cláusulas insertas en el aparente contrato de sociedad, que solo caben en los contratos de provisión de bienes o en general de contratos tradicionales. Por ejemplo, en el contrato analizado de Móvil del Norte hay una cláusula en la que se indica que se puede prorrogar el plazo del contrato de sociedad fijado en 8 años y cinco meses, en el caso de que el contratista se demore en la entrega de los bienes.

El absurdo que en dicha lógica se produciría es que el retardo en la entrega de los bienes, le daría como ventaja al socio, para ampliar el plazo para seguir cobrando el porcentaje previsto por la sociedad. Una prórroga de plazo se entiende válida en un contrato tradicional, en que el objeto es la provisión de una obra, bien o servicio; pero resulta inadmisibles o al menos incomprensible en un contrato no tradicional, en el que el plazo previsto está para la recuperación de la inversión que realiza el contratista, por lo que cualquier ampliación de dicho plazo no se debería dar por el no cumplimiento de una obligación, sino como resultado de una mayor inversión hecha que merece ser recuperada en un tiempo adicional.



¿Un solo oferente en el proceso de foto multas?

Por si lo indicado fuera poco, llama la atención el que a pesar de que aparentemente se hizo un concurso público para escoger un socio estratégico, hubiera existido un solo oferente en el proceso de foto multas; tal vez eso se haya debido a cómo estuvo el cronograma precontractual, según el cual el mismo día que se publicó el proceso se previó que en unas horas posteriores se haya fijado la etapa para preguntar y el mismo día para responder consultas; y que la oferta deba haberse presentado dos días después de la fecha de la convocatoria, tornándose temporalmente complejo que en ese tan corto tiempo pudieran haber participado más oferentes que debían en menos de 48 horas preparar una propuesta para un proyecto que debía ejecutarse en casi diez años.

8. Puerto de Posorja: La contratación del puerto de Posorja se hizo en un mecanismo de delegación contractual, es decir tratándose de un servicio público, se expidió el correspondiente decreto ejecutivo de excepción para señalar que el Estado ecuatoriano no podía o no estaba en capacidad de hacerlo y en cuya razón el ente contratante decidió delegar este proyecto.

La situación sin embargo que se analizó en clases es que la delegación contractual se hizo sin concurso público. La justificación que se dio es que se trataba de una delegación interadministrativa, es decir que la hacía una entidad pública ecuatoriana a favor de una empresa pública del gobierno de Dubai, lo cual efectivamente estaba permitido en el entonces vigente artículo 100 del Código Orgánico de Producción e Inversiones. Si esta situación era correcta, es decir que no se hizo concurso, porque había una contratación de público a público, no se entiende por qué se le entregó al delegatario incentivos previstos en la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, porque para entregar dichos incentivos se requería que el

delegatario sea privado, y por lo tanto escogido por concurso público. La justificación que se dio es que la delegataria si fue privada, pues se trató de una sociedad anónima constituida en la ciudad de Guayaquil y de ahí que recibió los incentivos tributarios.

La pregunta entonces es si la delegataria era privada, ¿por qué no se hizo un concurso público para su selección?.

Si la respuesta que se da es que no se hizo concurso porque se trataba de una empresa pública de Dubai, la pregunta es y entonces **¿por qué se le dieron los beneficios de una privada?.**

En resumen si la empresa era pública, estaba correcto que no se haga concurso público, pero no correspondía el otorgamiento de incentivos que estaban previstos para una empresa privada; en cambio, si se la consideraba como una empresa privada por haberse constituido en Guayaquil, entonces si bien se le podía dar los incentivos, debió haberse hecho concurso público para escoger al delegatario privado: pero haberse hecho lo que en la práctica ocurrió fue una “fanesca de procedimientos” que no tiene, o al menos no conozco, cuál habría sido su sustento normativo.



Estos casos citados son solo algunos de los ejemplos más emblemáticos analizados en clases con mis alumnos.

No queremos hablar o analizar eventuales actos de corrupción, pues sería aventurado hacerlo, pero si se puede concluir señalando que falta mayor formación y capacitación en el manejo de procedimientos de contratación y ejecución de proyectos en modalidad no tradicional, en donde el grueso del tema está en el análisis y distribución de los riesgos asociados a un proyecto; lo cual requiere y exige no un recitar mecánico de las normas, y peor la copia inmisericorde de pliegos de contratación tradicional, sino elementales criterios financieros, desde el análisis de rentabilidad de un proyecto, del valor actual neto (VAN), de las tasas internas de retorno (TIR), de los proyectos, de gastos y costos financieros (wacc); etc.

A veces ingenuamente se cree por parte de muchos funcionarios públicos que un contratista va a entrar en procesos de contratación no tradicional, en aquellos proyectos que no le son rentables para el Estado, lo cual sabemos que no es así, porque los contratistas siempre van a buscar la adjudicación y ejecución de proyectos que se recuperen desde las fuentes de financiamiento del proyecto, sabiendo que hay proyectos autofinanciables por las tasas o tarifas que se cobran y que incluso pueden generar reparto económico para la entidad contratante; como también hay otros proyectos que no se autofinancian y que requieren subsidios o aportes por parte del Estado, adicional a las tarifas que se cobren o en sustitución de éstas.

En este análisis, la no operación oportuna del Metro de Quito no se dio por un tema normativo, sino por aspectos de estricto contenido económico. Si ningún contratista vio posible actuar como delegatario del Municipio de Quito o como socio estratégico de la Empresa Pública Metro de Quito, en mi criterio no se debió a que no sepan el contenido de las normas de delegación contractual o de alianza estratégica,

sino porque sabiéndolas a profundidad, no encontraron un modelo económico que asegure el retorno de la inversión y que implicaba y partía del análisis de la tarifa a cobrar en el metro.

En efecto, para que el proyecto Metro de Quito, el pasaje a pagar no puede ser de 35 o 50 centavos, como es la tarifa de transporte por bus.



Muchos analistas económicos han fijado como valor rentable de pasaje para recuperar la inversión, uno cercano a 3 dólares, valor imposible de ser asumido en la economía quiteña o ecuatoriana en general, en donde el salario básico está en menos de 500 dólares; por lo que destinar 180 dólares mensuales para transporte en metro (considerando pasaje de ida y vuelta), implicaría destinar alrededor del 30% solo para transporte, situación materialmente imposible.

En dicha lógica, el pasaje de metro debería requerir el subsidio o aporte por parte del Municipio de Quito o en general del Estado, para que de esta manera se haga atractivo al proyecto. Y ahí aparece un inconveniente adicional. Esos recursos deben salir de las arcas públicas del Municipio de Quito, cuya capacidad de crédito ya se quedó a tope para financiar la propia construcción del Municipio, lo cual le deja poca o nula capacidad de maniobra económica.

Si no se consigue que el usuario pague la tarifa o no se logra que el ente contratante ponga un subsidio, poco o casi nada se puede hacer. Pues de hecho la contratación de servicios a Metro de Medellín, requiere la dotación de recursos públicos para pagar los montos acordados, que se fijaron, como ya se ha dicho, en un modelo de contratación pública tradicional.

Por lo expuesto, queda claro que, en el caso analizado, la situación no sería de desconocimiento normativo, sino de falta de atracción económica para que el proyecto se lo sienta rentable y por lo tanto de interés para que intervenga un delegatario o en su defecto un socio estratégico.



La misma situación ocurre en el caso de las empresas públicas Ferrocarriles del Ecuador, Correos del Ecuador o Tame.

El análisis de su no funcionamiento no se basaría en si se opta o no por una EP y/o en citar la basa normativa; sino en analizar la viabilidad económica de dichos servicios, desde una proyección de ingresos mayores que los gastos; porque si no se hace ese elemental análisis y se sigue esperando que el Estado central inyecte recursos para que operen las empresas públicas y éstas no logren ser rentables por sí mismas o al menos no logran entender el manejo de dichos servicios como de origen y naturaleza empresarial, repetiremos los mismos errores de siempre, así cambiemos de nombre a las empresas, o así hagamos que éstas "hagan como que" seleccionan socios estratégicos, que en la práctica no serían tales.



Fotografía GRUPO CEAS

La casuística analizada implica un serio llamado de atención para que los funcionarios públicos fortalezcan sus conocimientos y formación en el ámbito de análisis financiero para prever la viabilidad y/o rentabilidad o no de un proyecto, desde las diferentes aristas que lo integran y para que negocien con propiedad cláusulas de contratación pública no tradicional, en un adecuado análisis de reparto de riesgos, trasladándolos o compartiéndolos, según sea el caso.

La negociación no implica "ir a medias o al 50%" en todos los casos, como que negociar se tratara en dividir para dos cualquier reparto de riesgos y de resultados. Hay que entender que cada caso tiene un análisis particular y propio. Por ejemplo en el caso de Ferrocarriles si se entra a una negociación para delegar el servicio o para buscar un socio hay que partir del hecho de que el Estado ecuatoriano tiene en infraestructura ferroviaria una inversión de más de 300 millones de dólares, que esa actividad no se debe limitar al transporte turístico, sino englobar un transporte intermodal que haga más atractivo al negocio, a fin de que éste sea autofinanciable y no solo le permita ganar por dicha actividad al contratista sino por supuesto al Estado también.

No obstante hasta la fecha, parece que el Estado ecuatoriano “estaría navegando en una economía boyante”, y a pesar de tener al menos 7 propuestas de iniciativa privada para hacerse cargo de la gestión de este negocio, que si se denota rentable para las partes, el Estado hasta la fecha no solo en este Gobierno, sino desde el anterior, no ha resuelto nada al respecto, limitándose a vender como “chatarra” equipos o máquinas que forman parte de un sistema total llamado Ferrocarril y que de gestionarlo bien y de forma adecuada, produciría ingresos económicos importantes y generaría dinamia de la actividad económica y evidentemente también miles de fuentes de trabajo.

Todo lo que se ha señalado, insistimos, tiene el objetivo de ejemplificar el sentido práctico y de connotación económica, más que la sola base legal, que tienen las negociaciones de contratación pública no tradicional y consecuentemente de análisis de reparto de los riesgos asociados a la ejecución de los respectivos proyectos.



VI. CONCLUSIONES

1. A lo largo de este artículo se ha demostrado hasta la saciedad que las Delegaciones Contractuales y las Alianzas Estratégicas, a pesar de formar parte de la Contratación Pública, no tienen el mismo nivel de conocimiento y tratamiento especializado por parte de actores públicos y privados, como lo tiene la Contratación Pública Tradicional.

2. En muchos de los casos lo único que se ha hecho a través de aparentes delegaciones contractuales y sobre todo de las mal denominadas alianzas estratégicas, ha sido encontrar “válvulas de escape” de contrataciones públicas tradicionales que debieron regirse por la LOSNCP, publicarse en el portal de compras públicas y regularse por el SERCOP.

Se usaron dichos mecanismos, no para buscar la ejecución de proyectos con la compartición de riesgos, sino para no aplicar los procedimientos que correspondían desde su esencia y naturaleza, por lo que, incluso podrían haber incurrido en las prohibiciones incluidas a propósito de las reformas al Código Orgánico Integral Penal, COIP, que incluye como delito el escoger un procedimiento de contratación que no corresponde.

3. También han existido casos de objetos contractuales que pudieron en verdad ejecutarse mediante delegaciones contractuales, aceptando las iniciativas privadas planteadas para su ejecución, pero que, por indolencia burocrática, no se han logrado concretar.

4. Las Alianzas Estratégicas, en sentido real, no se han dado. Esto debido a que para que éstas funcionen y operen de forma positiva, requieren un aspecto básico que es contar con empresas públicas que sepan cumplir el objeto para el que fueron creadas; pero que lo sepan hacer de verdad y no solo porque el documento de creación así lo diga.

Un empresario es tal, no por un título que diga que es eso, sino porque en la vida real sepa actuar como empresario. Y empresas públicas, a excepción de casos específicos, no existen en el Ecuador, porque las creadas, no han logrado entender su real cometido y objetivos de cumplimiento, necesitando que sean dirigidos por directivos con mente empresarial y no por funcionarios públicos “disfrazados” de empresarios públicos.

5. Los contratos públicos no tradicionales requieren análisis de viabilidad de proyectos, sobre todo desde el ámbito financiero y económico. Para el efecto es importante entender conceptos financieros de elemental cultura básica; partiendo de que es comúnmente entendido en todo el mundo, que los ingresos para que sean tales, deben provenir de actividades productivas o económicas.

En esa lógica un ingreso en estricto sentido no proviene de un crédito o de una deuda. Un ingreso en el caso ecuatoriano es el proveniente por ejemplo de la venta de petróleo y no del crédito que nos otorgue el Banco Mundial. De los ingresos que se obtengan, según criterios financieros, el 70% debe servir para cubrir los gastos para vivir y operar; el 10% debería dedicarse para el ahorro y el 20% para el pago de deudas buenas. El Estado ecuatoriano sin embargo no se maneja de la manera indicada, y en realidad casi ningún estado del mundo; pues, casi siempre financiamos el presupuesto público con créditos y casi siempre los gastos son mayores que los ingresos, viviendo con permanentes déficits presupuestarios.

6. La contratación pública no tradicional es una buena alternativa para evitar la presión a los recursos públicos, a través del traslado y/o compartición de riesgos con delegatarios o socios; pero para ello hay que atraerlos y hacer que el proyecto sea rentable.

Una de las formas de atracción serían los famosos desafíos suizos (o **Swiss challenge**) que significan que un proponente de iniciativa privada de un proyecto público se encargue de elaborarlo y demostrar su viabilidad y que, si bien con base a dicho proyecto, se debe realizar el concurso público respectivo, en el caso de que hayan otras ofertas mejores que la originalmente presentada por el proponente de la iniciativa inicial, éste tenga la posibilidad de igualar o mejorar la propuesta en relación al proponente que le esté ganando en dicho concurso; y que solo en el caso de que no acepte dicho desafío, se adjudique al proponente que presentó la mejor propuesta.

Solo así podría pensarse que existiría de verdad un incentivo real para presentar iniciativas privadas de proyectos públicos; pues caso contrario, como sucede en la actualidad, no hay la decisión de preparar proyectos de iniciativa privada que entren a procesos de concurso público para proceder a las correspondientes delegaciones contractuales.

7. No hay normativa que regule de forma sistematizada, integral y clara los procedimientos de Contratación Pública No Tradicional y tampoco existe o es incipiente la doctrina que analiza esta materia.

No me equivocaría, al señalar que este artículo sería uno de los iniciales, sino el primero, que abarca la temática planteada.

VII. RECOMENDACIONES

1. Se requiere profundizar el análisis doctrinario respecto a la temática de Contratación Pública No Tradicional, recomendándose que sobre todo los estudiantes de posgrados de Contratación Pública, opten por trabajos finales de investigación para graduarse que continúen el abordaje de la temática que se plantea en el presente trabajo.
2. Se necesita también que los legisladores y las autoridades competentes, aborden con mayor precisión la regulación y emisión de normativa alrededor de la denominada Contratación Pública No Tradicional.
3. Es imperativo iniciar un proceso de formación intensiva en los funcionarios públicos de entidades y empresas públicas en aras a fortalecer sus conocimientos y expertise en el ámbito financiero y de análisis económico de los proyectos, desde un aprendizaje de buenas prácticas, analizando los errores que se pudieron haber deslizado en procesos ya ejecutados, con miras a generar recomendaciones que permitan mejorar procesos que se inicien bajo esta modalidad, sobre todo ante la actual coyuntura de contracción de recursos públicos y de la necesidad de contar con recursos provenientes de inversión privada nacional y extranjera.
4. No es inventar el agua tibia, se requiere analizar situaciones no solo de Ecuador, sino en el contexto internacional, para analizar la doctrina y la normativa que puede servir de base de discusión en este proceso de análisis y reflexión.
5. La tarea y el reto son desafiantes y recién han comenzado, pero se profundizará en el presente y futuro inmediato como una gran ventana de oportunidad para fortalecer el conocimiento de los diferentes actores del sistema, en donde la academia tiene un rol protagónico a no dudarlo.



INFORMACIÓN:

ibaldeon@ceas.com.ec
www.grupoceas.com.ec

ESPAÑA:

Madrid: Arapiles 1, 5º A. Edificio Quevedo. Correo: ibaldeon@grupoceas.es
Teléfonos: +34 636 164 324. WhatsApp: +593 99 239 4213.

ECUADOR

Quito: Juan de Velasco N26 – 51 y Sta. María Edificio CEAS Planta Baja. Correo: cbaldeon@ceas.com.ec
Teléfonos: +593 99 0249492; +593 22521486.

GUAYAQUIL:

Urdenor – Parque Empresarial Colón Edf.: Corporativo 3, piso 2, Of. 203. Correo: ngarcia@ceas.com.ec
Teléfono: +593 4 2136221.