

OBRA: RESOLUCIONES DEL SRI

TEMA AFECTADO: Expídese el Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera.

BASE LEGAL: R.O. No. 786 de 29 de junio de 2016.

Estimados Suscriptores:

Le hacemos llegar el último Decreto emitido por la Función Ejecutiva, y para su mejor comprensión se ha dividido la reforma en los artículos afectados.

FUNCIÓN EJECUTIVA

DECRETO:

1040

Rafael Correa Delgado
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Considerando:

Que la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, está en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial, Suplemento No. 652, de 18 de diciembre de 2015;

Que el artículo 147, numeral 13, de la Constitución de la República, establece que son atribuciones y deberes del Presidente de la República, entre otros, “expedir los Reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración”;

Que en los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera, se crea el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas, como un órgano colegiado de carácter intersectorial de la Función Ejecutiva, encargado de la coordinación y articulación de políticas, lineamientos y regulaciones vinculados a las asociaciones público-privadas, y se determina su conformación;

Que mediante Decreto Ejecutivo No. 582, publicado en el Registro Oficial No. 453 del 6 de marzo de 2015, se expidió el Reglamento del Régimen de Colaboración Público- Privada, el cual debe compaginarse con los principios e incentivos

previstos en la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera; y,

En ejercicio de la atribución conferida por el número 13 del artículo 147 de la Constitución, expide el siguiente:

Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos Para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera

Artículo 1. Objeto y ámbito.- Este Reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera, en adelante Ley APP. Los temas que no cubra este Reglamento se complementarán con las resoluciones que emanen del Comité Interinstitucional.

Artículo 2. De los procesos simplificados de aprobación de proyectos.- Es atribución del Comité Interinstitucional de APP, además de las establecidas en la ley, aprobar los proyectos públicos bajo la modalidad de Asociación Público-Privada, con procesos simplificados, sobre la base de los estudios realizados por la entidad delegante correspondiente, de conformidad con este Reglamento, las Resoluciones, las guías generales o específicas, notas técnicas que para el efecto emita el Comité APP.

Artículo 3. De la Secretaría Técnica.- La Secretaría Técnica será un órgano de apoyo institucional técnico, legal y administrativo del Comité APP. Para ser Secretario Técnico se requerirá estar en ejercicio de los derechos de participación, contar con un título académico de tercer nivel en derecho o economía, u otras profesiones afines y tener al menos cinco años de ejercicio profesional.

Además de las atribuciones establecidas en la ley y en la normativa que emita el Comité APP, la Secretaría Técnica podrá requerir información a la entidad delegante acerca de la utilización del componente nacional, transferencia de tecnología y la contratación de talento humano nacional del proyecto público.

Artículo 4. Elementos esenciales mínimos de los proyectos APP.- Todos los proyectos APP y los contratos APP que de ellos emanen, deberán contener como elementos esenciales mínimos, los siguientes:

- a. Distribución adecuada de riesgos;
- b. Un gestor privado claramente identificado;
- c. Un esquema de obligaciones bilaterales de largo plazo;
- d. Indicadores de desempeño, niveles de servicio u otros equivalentes con énfasis en la calidad del servicio a los usuarios;
- e. La forma de contraprestación establecida al gestor privado, que podrá ser a través de tarifas pagadas por los destinatarios, pagos diferidos del sector público, una combinación de ambas u otras que establece la Ley APP;
- f. Combinación total o parcial de las etapas de planificación, diseño, construcción, financiamiento, comercialización, operación o mantenimiento, en función de lo establecido en el artículo 14 de la Ley APP;
- g. El régimen de incentivos y beneficios aprobados por el Comité Interinstitucional; y,
- h. La determinación de los aspectos regulatorios sectoriales específicos, que se encuentran

sometidos a la garantía de estabilidad jurídica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la Ley APP.

Artículo 5. Integralidad de los proyectos.- Los proyectos a ejecutarse bajo la modalidad APP serán preferentemente integrales, procurando que el gestor privado se encargue de las diferentes etapas de ejecución del proyecto. Sin perjuicio de lo anterior, excepcionalmente, las etapas de ejecución de un proyecto APP podrán dividirse y adjudicarse por separado, con preferencia por operadores especializados, siempre que dicha división resulte más eficiente para los fines estatales y cumpla con los principios y regulaciones de la Ley APP y este Reglamento.

La responsabilidad sobre el contenido y veracidad de los informes presentados al Comité APP es de cada entidad delegante.

Artículo 6. De la estructuración de los proyectos APP.- El Comité Interinstitucional deberá emitir una resolución de carácter general que regule el procedimiento de aprobación de los proyectos, así como establecerá los parámetros objetivos de valoración de los incentivos solicitados, los plazos que deben cumplirse, y, en general, todo aspecto que requiera una regulación especial.

Las iniciativas privadas se estructurarán de acuerdo al procedimiento previsto en los artículos correspondientes del Decreto Ejecutivo No. 582 y, en base a otras regulaciones que para el efecto pueda emitir el Comité APP.

Todo contrato de gestión delegada deberá observar lo previsto en el artículo 13 de la Ley APP.

Artículo 7. Características específicas aplicables a la iniciativa privada.- En los proyectos de iniciativa privada, además de los requisitos que se establezcan en las resoluciones que dicte el Comité APP, se podrá establecer lo siguiente:

1. Monto mínimo de reembolso a favor del proponente privado que no resultare adjudicatario; el valor del reembolso no será inferior al costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto. En el caso de que el proponente privado resultare adjudicatario no tendrá derecho a ser reembolsado;
2. Bonificación adicional para la calificación de la Oferta Económica del proponente, que implica adicionar un porcentaje al proceso de calificación, dependiendo del monto de la inversión inicial del proyecto;
3. Reconocimiento del derecho del proponente privado a mejorar la oferta cuando se hayan presentado otros oferentes en el concurso público; y,
4. Reconocimiento del derecho de los proponentes privados a requerir respuesta del Comité APP, en el caso que la entidad pública delegante no se pronuncie dentro de algún plazo referido en el procedimiento de aprobación de las iniciativas públicas o privadas.

Artículo 8. Modificación de contratos APP.- La entidad pública delegante y el gestor privado podrán modificar de común acuerdo las características de las obras y servicios contratados, con el objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en el contrato APP, con las limitaciones establecidas en la normativa emitida por Comité Interinstitucional.

El procedimiento y formalidades que deberán cumplir las modificaciones de obras y servicios, así como su cálculo, límite máximo y cualquier otra regulación necesaria para su cabal ejecución, serán objeto de resoluciones de carácter general emitidas por el Comité Interinstitucional.

Artículo 9. Sistemas de compensación.- Las bases podrán contemplar mecanismos de compensación para las distintas causales de terminación anticipada de los contratos APP. En los contratos APP se podrán establecer también esquemas parciales de valorización y certificación de avances de la inversión, sobre la base del avance físico y/o presupuestario de las obras y servicios. Asimismo, el gestor privado podrá ceder o constituir garantías sobre las certificaciones o valorizaciones que se emitan por los avances parciales de la inversión.

Artículo 10. Estabilidad jurídica en el contrato de gestión delegada.- La estabilidad jurídica asegura la permanencia de los aspectos regulatorios sectoriales y específicos que hayan sido declarados como esenciales en el contrato, de conformidad con lo prescrito en el artículo 15 de la Ley APP.

La señalada garantía no implica la renuncia del Estado al ejercicio de su capacidad regulatoria. En materia tributaria no existirá estabilidad legal, salvo la de los incentivos tributarios expresamente determinados en la Ley.

La estabilidad jurídica del contrato de gestión delegada regirá mientras este se encuentre vigente, por lo que la terminación del contrato APP, por cualquiera de las causales de terminación del mismo, acarreará su vencimiento.

Artículo 11. Límites de los incentivos.- El Comité Interinstitucional podrá establecer, mediante resolución, parámetros objetivos de valoración para el otorgamiento de los incentivos y beneficios previstos en la Ley APP. En ningún caso los incentivos podrán ser superiores a los aportes realizados por el gestor privado, tanto en capital como deuda, para el desarrollo del proyecto público.

Artículo 12. Del gestor privado.- El gestor privado al que se refiere el artículo 10 de la Ley APP, podrá ser cualquier entidad de derecho privado constituida de acuerdo a la legislación ecuatoriana, de capitales privados o aportados por empresas de propiedad estatal de países que forman parte de la comunidad internacional, con propósito específico y personalidad jurídica propia, y que además será el sujeto pasivo de las obligaciones tributarias sustanciales y formales, derivadas de la ejecución del contrato, de conformidad con la ley.

Cuando la entidad delegante requiera, para la ejecución del proyecto público, emplear sistemas de los que se originen entidades de participación mixtas, el contrato de gestión delegada deberá contener, también, los elementos esenciales previstos en el artículo 4 del presente Reglamento. De manera particular, se establecerá en el contrato los términos de coparticipación de la entidad delegante y de todos los actores que formen parte del proyecto, de acuerdo a lo que se establezca en las resoluciones o guías que emita el Comité APP para el efecto.

Artículo 13. Transferencias de acciones o de títulos representativos del capital, participación y/o control del gestor privado.- La cesión, prenda o constitución de cualquier gravamen sobre el 20% o más de las acciones, derechos de participación, o en general de los títulos representativos de capital y/o control del gestor privado, así como el otorgamiento de garantías o afectación de cualquier manera a un porcentaje igual o superior al 20% de los títulos representativos del capital de la sociedad o de control del gestor privado, cualquiera que esta sea su naturaleza, requerirán siempre de autorización expresa de la entidad pública delegante; obligación que deberá incorporarse al contrato APP de forma obligatoria.

Las bases del proyecto establecerán las causales por las cuales se puedan otorgar prendas o garantías sobre los títulos a que se refiere este artículo, cuando sea necesario para el financiamiento del proyecto.

Artículo 14. Derecho de prenda o garantía de activos y flujos financieros del contrato APP.-
Para garantizar los créditos que se otorguen para el

financiamiento de los proyectos bajo modalidad de asociación público-privada, podrán constituirse prendas a favor de el o los acreedores y garantes, tales como: prenda sobre los ingresos mínimos garantizados u otros pagos comprometidos por la entidad pública delegante, prenda sobre los flujos futuros del precio pagado por la entidad delegante por los servicios prestados, entre otros.

Asimismo, el gestor privado en su relación con aquellos terceros que financiarán el proyecto APP, contará con la autonomía y suficiencia necesaria para otorgar las garantías que le sean requeridas, sin necesidad de autorización previa de la entidad delegante, ni de cualquier otra autoridad, sino en aquellos casos específicamente contemplados en la Ley o en el contrato APP. En esta materia, el gestor privado se regirá por las normas del derecho privado en aquella parte que se refiera a sus obligaciones económicas con sus financistas.

El Estado, de conformidad con la ley, podrá colaborar con el gestor privado para otorgar las autorizaciones, permisos, cartas de conocimiento o consentimiento y cualquier otro acto y/o instrumento financiero que se le requiera, para el otorgamiento del financiamiento del proyecto APP y para sus posteriores modificaciones.

Artículo 15. Contraprestaciones de las partes.- En contraprestación por las actividades asumidas, dependiendo del tipo y características de cada proyecto APP, el gestor privado podrá percibir diferentes modalidades de ingresos en la forma de pagos diferidos, clasificados en pagos por disponibilidad, pagos por uso, o pagos por inversión, en forma exclusiva o combinada, abonados por los destinatarios del servicio o por la entidad pública delegante, según sea el caso. Podrá también determinarse en beneficio de la entidad pública delegante la percepción de ingresos provenientes del gestor privado, destinatarios, u otros que en su caso se estipulen.

En los casos que el contrato APP estipule pagos en la forma de pagos por disponibilidad, y/o pagos por inversión al gestor privado, que excedan de un ejercicio fiscal, la entidad pública delegante deberá incluir en su proyecto de presupuesto de inversión y gasto para cada ejercicio fiscal la asignación equivalente al pago estipulado, durante el plazo del contrato APP.

Artículo 16. Límite al valor total acumulado de las obligaciones en un contrato APP.- El valor total acumulado de las obligaciones de carácter firme y contingentes que puede aprobar el Comité APP, en valor presente, no podrá ser superior al 5% del valor nominal del Producto Interno Bruto estimado por el Banco Central del Ecuador. El límite anterior podrá ser revisado por el Comité Interinstitucional, previo criterio del Ministerio de Finanzas.

Artículo 17. Aportes estatales.- El contrato APP podrá prever la realización de contribuciones por parte del Estado, tales como: aportes pecuniarios, otorgamiento de subvenciones, créditos, garantías para la financiación del proyecto, pagos diferidos, ingresos mínimos garantizados, exoneraciones fiscales y otros instrumentos de financiamiento, entre otros, aplicables de acuerdo al tipo de proyecto. En ningún caso se podrá asegurar mediante el contrato APP algún nivel mínimo de rentabilidad del proyecto público.

Artículo 18. Pago por disponibilidad ("PPD").- Para los efectos de esta normativa, por pagos por disponibilidad se entenderá a la contraprestación pactada contractualmente que realiza la entidad pública delegante al gestor privado, en función del estándar de calidad acordado y su disponibilidad a favor de la autoridad y/o los destinatarios, y su acceso a la infraestructura, bien o servicio, objeto del contrato APP, de acuerdo con la periodicidad que en él se establezca.

Artículo 19. De la resolución de controversias.- El Comité Interinstitucional, mediante resolución, emitirá las normas de procedimiento para las negociaciones directas o la mediación. Para pactar arbitraje, nacional o internacional, se requerirá la autorización de la Procuraduría General del Estado.

Artículo 20. De la vía administrativa.- Previo a iniciar el arbitraje, el gestor privado tendrá la obligación de agotar internamente la vía administrativa ante la propia entidad pública delegante, planteando los reclamos o recursos administrativos que le reconoce la legislación especial de la materia que regula el proyecto APP, o los que a falta de ésta le reconozca el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE o el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, según corresponda.

Se considerará que ha concluido la vía administrativa cuando el gestor privado haya agotado los recursos administrativos que suspenden la ejecución de dichos actos, aun cuando el peticionario plantee algún recurso extraordinario de esos que permiten revisar los actos administrativos ejecutoriados, pero que no suspenden la ejecución de las resoluciones administrativas.

Una vez agotada la vía administrativa, el gestor privado tendrá 30 días hábiles para demandar por la vía arbitral.

Artículo 21. Arbitraje nacional.- En caso de que se pacte arbitraje nacional, el proceso deberá ser administrado en un centro de arbitraje de reconocida trayectoria, de no menos de 10 años de experiencia. Las decisiones del tribunal serán en derecho, la legislación aplicable será la ecuatoriana, los laudos serán definitivos y obligatorios para las partes, siguiendo las disposiciones establecidos en la Ley de Arbitraje y Mediación, su Reglamento y el reglamento para el funcionamiento del centro de arbitraje y mediación que ventilará el proceso.

Artículo 22. Arbitraje Internacional.- El arbitraje internacional será en derecho, en idioma castellano y la normativa aplicable al fondo de la controversia será el derecho ecuatoriano. En estos procesos se deberán también considerar las siguientes reglas:

1. Elección y renuncia. El arbitraje valdrá como elección de la vía para la resolución de las desavenencias derivadas del contrato APP o que guarden relación con el mismo, de conformidad con lo previsto en cualquier Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones que pudiera ser invocado por el inversionista.

2. Todas las controversias relacionadas, directa o indirectamente, con asuntos de naturaleza tributaria no podrán ser resueltas mediante arbitraje y deberán tramitarse ante los tribunales competentes de la República del Ecuador.

DISPOSICIÓN FINAL.- El presente Reglamento entrará en vigencia a partir de su suscripción, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Palacio Nacional, en Quito, a 23 de mayo de 2016.

f.) Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República.

Quito 26 de Mayo del 2016, certifico que el que antecede es fiel copia del original.

Documento firmado electrónicamente.

Alexis Mera Giler.

SECRETARIO GENERAL JURÍDICO.
Secretaría General Jurídica.

BASE LEGAL: R.O. No. 786 de 29 de junio de 2016.