



FACULTAD DE DERECHO

LA PARTICIPACION DEL ESTADO EN EL CAPITAL DE UNA COMPAÑÍA DE
ECONOMÍA MIXTA, A TRAVÉS DE LA CONCESIÓN DE LA PRESTACIÓN DE
UN SERVICIO PÚBLICO.- EL CASO DEL AGUA POTABLE

Autor
VALERIA PAOLA NARANJO REDROBÁN

Año
2009



FACULTAD DE DERECHO

LA PARTICIPACION DEL ESTADO EN EL CAPITAL DE UNA COMPAÑÍA DE
ECONOMÍA MIXTA, A TRAVÉS DE LA CONCESIÓN DE LA PRESTACIÓN DE
UN SERVICIO PÚBLICO.- EL CASO DEL AGUA POTABLE

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía
Dr. Santiago Andrade Mayorga

Autor
Valeria Paola Naranjo Redrobán

Año
2009

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

.....
Dr. Santiago Andrade Mayorga
C.C.170526084-1

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

.....
Valeria Paola Naranjo Redrobán
C.C.171374172-4

RESUMEN

Desde siempre, el agua como líquido vital para la humanidad ha sido de suma importancia, por ser este bien indispensable para la existencia del hombre, su desarrollo y la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad, que según se cree a futuro será la causa para posibles conflictos a nivel mundial.

Cada Estado tiene la obligación de garantizar a sus conciudadanos el acceso al servicio público, pudiendo hacerlo por medio de los diversos modelos de gestión posibles. Nuestro País, según lo establece la Constitución Política, en el artículo 315, faculta al Estado a prestar la gestión del servicio por sí mismo o a través de la delegación de la prestación del servicio público del agua a una compañía de economía mixta, con la condición de que el Estado posea la mayoría accionaria. La forma cómo funciona este modelo, las ventajas y desventajas que presenta, así como los resultados obtenidos en países como Colombia que lo han adoptado, se desarrollarán a lo largo de este trabajo.

ABSTRACT

From the beginning, water as a vital liquid, had always have a huge importance for all humanity, based on the reason that is indispensable for the development and satisfaction of all the basic necessities of the society, that would be in the future one of the causes of wars around the world.

Each state has the obligation to guarantee their citizens the access to the public services of drinkable water, being able to provide it by the different models of interventions. Our Constitution establishes that Government can provide the public service directly by himself or otherwise indirectly, threw the delegation of the public service, considered as a strategic sector, to a mixed economy, in which the Public Administration must have the majority of the capital invested in the company. In this way, is based the reason of the following work, that tries to analyze how the contribution of the Government and those private entities, who prefer this mixed model works and how it gets regulated and administrated, its advantages and disadvantages and the results obtained in other countries of Latin American, such as Colombia.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	Pág.1
1. La delegación y concesión	
1.1. Preámbulo.....	Pág. 3
1.2. Delegación.....	Pág. 5
1.2.1. Competencia.....	Pág. 6
1.2.1.1. Elementos de la Competencia.....	Pág. 6
1.2.2. Definición de Delegación.....	Pág. 6
1.2.3. Competencias Delegables.....	Pág. 7
1.2.4. Requisitos de la Delegación.....	Pág. 9
1.2.5. Características de la Delegación.....	Pág. 10
1.3. La Concesión.....	Pág. 11
1.3.1. Definición.....	Pág. 11
1.3.2. Clases.....	Pág. 18
1.3.3. Requisitos.....	Pág. 19
1.3.4. Naturaleza Jurídica.....	Pág. 20
1.3.5. Caracteres Jurídicos.....	Pág. 21
1.3.6. Derechos y obligaciones del concesionario y concedente.....	Pág. 21
1.3.7. Terminación de la Concesión.....	Pág. 24
1.3.8. Mecanismos para Concesionar.....	Pág. 25
1.3.8.1. Licitación.....	Pág. 26
1.3.8.1.1. Principios de la Licitación.....	Pág. 26
1.3.8.1.2. Clases de Licitación.....	Pág. 28
1.3.8.1.3. Etapas de la Licitación.....	Pág. 29
2. El servicio público del agua potable	
2.1. Servicio Público Domiciliario.....	Pág. 34
2.1.1. Definición.....	Pág. 34
2.1.2. Elementos constitutivos del servicio público domiciliario...	Pág. 36
2.1.2.1. Prestación.....	Pág. 36
2.1.2.2. Realizada por la Administración Pública.....	Pág. 36
2.1.2.3. Ejecución directa o indirecta.....	Pág. 36
2.1.2.4. Satisfacción concreta.....	Pág. 37
2.1.2.5. Necesidad Colectiva.....	Pág. 37
2.1.2.6. Continuidad del servicio asegurado por el poder público..	Pág. 37
2.1.3. Características Jurídicas.....	Pág. 37
2.1.3.1. Igualdad.....	Pág. 38
2.1.3.2. Continuidad.....	Pág. 38

2.1.3.3.	Regularidad.....	Pág. 39
2.1.3.4.	Obligatoriedad.....	Pág. 39
2.1.3.5.	Adaptabilidad.....	Pág. 39
2.1.3.6.	Calidad y eficiencia.....	Pág. 40
2.1.3.7.	Subsidiariedad.....	Pág. 41
2.1.4.	Clasificación.....	Pág. 40
2.1.5.	Formas de Prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios...	Pág. 42
2.1.5.1.	Administración Directa o Gestión Pública.....	Pág. 42
2.1.5.2.	Administración Indirecta o Gestión Privada.....	Pág. 43
2.1.5.3.	Gestión Mixta.....	Pág. 43
2.2.	Servicio Público Domiciliario de Agua Potable.....	Pág. 44
2.2.1.	Bien Jurídico Protegido.....	Pág. 44
2.2.2.	El Servicio de Agua Potable en Quito.....	Pág. 49
2.2.2.1.	La Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito.....	Pág. 54

3. La participación del Estado en una compañía de economía mixta

3.1.	Compañías de Economía Mixta.....	Pág. 57
3.1.1.	Definición.....	Pág. 57
3.1.2.	Evolución Histórica.....	Pág. 59
3.1.3.	Naturaleza Jurídica.....	Pág. 60
3.1.4.	Características Esenciales.....	Pág. 61
3.1.5.	Organismos de Control.....	Pág. 62
3.1.6.	El Capital.....	Pág. 65
3.1.6.1.	Las Aportaciones.....	Pág. 66
3.1.7.	Transferencia, Transformación y Expropiación.....	Pág. 67
3.1.9.	Disolución y Liquidación.....	Pág. 68
3.2.	Ecuador.- El proyecto de Concesión del Servicio Público del Agua Potable de las Parroquias Orientales de Quito a una Compañía de Economía Mixta.....	Pág. 69
3.2.1.	Bases de la Concesión del Servicio Público de Agua Potable y Alcantarillado de las Parroquias Orientales, para la conformación de una Compañía de Economía Mixta.....	Pág. 77

4. El proyecto de Ley de Empresas Públicas

4.1.	Análisis.....	Pág. 85
------	---------------	---------

5. Legislación Comparada.- El caso de Chile y Colombia

5.1. Colombia: Desarrollo de un Modelo de Participación Mixta entre el Estado y las Entidades Privadas.....	Pág. 96
5.1.1. Devenir Histórico.....	Pág. 96
5.1.2. Organismos de Control, Regulación y Fiscalización.....	Pág. 97
5.1.2.1. La Comisión de Regulación de Agua.....	Pág. 98
5.1.2.2. La Superintendencia de Servicios Públicos.....	Pág. 99
5.1.3. La Ley 142.....	Pág. 100
5.1.4. Régimen Tarifario.....	Pág. 101
5.1.5. Modelo de Gestión para la Prestación del Servicio Público de Alcantarillado y Agua Potable.....	Pág. 103
5.1.5.1. El Proceso de Conformación de una Compañía Mixta...	Pág. 103
5.2. Chile: Un Modelo de Gestión Privatizado.....	Pág.107
5.2.1. Devenir Histórico.....	Pág. 107
5.2.2. Organismos de Control y Regulación.....	Pág. 111
5.2.2.1 Superintendencia de Servicios Sanitarios.....	Pág. 112
5.2.3. Régimen Tarifario.....	Pág. 113

6. Conclusiones y recomendaciones

6.1. Conclusiones.....	Pág.116
6.2. Recomendaciones.....	Pág.119

Bibliografía.....	Pág.120
-------------------	---------

INTRODUCCIÓN

Por medio del presente trabajo de titulación, *“La participación del Estado en el capital de una compañía de economía mixta, a través de la concesión de la prestación del servicio público del agua potable”* se desarrollará un análisis de cómo funciona, se regula y maneja la participación del Estado y de los entes privados en el caso se optar por este modelo de gestión mixto, exponiendo las ventajas y desventajas, así como los resultados obtenidos en otros países latinoamericanos. El trabajo está dividido en seis capítulos y al final se plantean las conclusiones y recomendaciones obtenidas.

Dentro del primer capítulo se hace un estudio sobre cómo surge la necesidad del Estado de pasar de un ente interventor a un ente de control y regulación del desarrollo económico, para introducir la participación del sector privado al desarrollo económico del país. Desde los años noventas iniciaron la modernización del estado y reforma institucional, el cual fomenta que la prestación de los servicios públicos sea prestada por los entes privados, bajo la forma de concesiones o privatizaciones, por lo que se estudia a la delegación, la concesión y privatización.

En el segundo capítulo, se incluye a los servicios públicos domiciliarios, su concepto, los elementos constitutivos que lo componen, las características jurídicas, la clasificación, las formas de prestación del servicio, entre las que se incluyen la forma directa o indirecta. Se presenta un análisis sobre el servicio del agua potable como bien jurídico protegido, que según la Constitución es un Derecho Humano Fundamental, además se incluye el tratamiento que se le ha dado al agua según el Foro Mundial del Agua, que en marzo del 2009, lo colocó como una Necesidad Básica o Derecho Básico. En la parte final de este capítulo se realiza un desarrollo histórico de la prestación del servicio en la ciudad de Quito y sobre la Empresa Metropolitana de Agua Potable de Quito, que es la empresa municipal prestadora del servicio actualmente.

El tercer capítulo analiza todo lo relacionado con las compañías de economía mixta, su origen histórico, la justificación de su creación, la conformación, la naturaleza jurídica, los órganos de control, el capital, las aportaciones y demás, para luego presentar el proyecto de un modelo de gestión mixta que se quiso implementar en Quito, para la concesión de la prestación del servicio público del agua de las Parroquias Orientales, a una compañía de economía mixta, el cual solo llegó a la etapa de precalificación, por motivos políticos que suspendieron definitivamente el proyecto en el 2007.

Surgió la necesidad de incorporar un cuarto capítulo, ya que debido a la coyuntura política en la que nos encontramos, el Gobierno actual ha creado nuevas leyes o reformado otras, que han influido sobre el desarrollo del presente trabajo. Y es así como, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó en segundo debate el proyecto de Empresas Públicas, que posiblemente en estos días sea sancionado por el Presidente, el cual sitúa a las empresas de economía mixta dentro de otro régimen normativo aplicable y cambia su naturaleza jurídica. En Colombia la Corte Constitucional emitió dos fallos, que considero podrían ser importantes para nuestra legislación, ya que analizan el régimen y naturaleza de las compañías de economía mixta prestadoras de servicios públicos, situándolas dentro de un régimen especial, que toma del ámbito privado, público o las combina.

En el quinto capítulo se introdujo un estudio de la situación Chilena y Colombiana en cuanto a los modelos de gestión que se han empleado para la prestación de servicios públicos: privatizador y de gestión mixta, respectivamente, a fin de mirar los resultados obtenidos, que han sido positivos.

Finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones que se desprenden del presente trabajo de titulación, que están encaminadas en apoyar la adopción del modelo de gestión mixta para la prestación de servicios públicos.

CAPITULO I

LA DELEGACION Y CONCESION

1.1. PREÁMBULO

A finales de los años ochenta, finalización de la época de posguerras, el mundo atravesó por una época de grandes transformaciones económico-políticas, tendientes a dejar un modelo de Estado interventor y desarrollista fracasado, para emprender el de un Estado principalmente regulador. Este proceso **globalizador**, toma su influencia en nuestro país, obligando a los gobiernos de turno encaminar una reestructuración estatal, por medio de un marco legal que le permita adecuar la economía del país a las exigencias de las transformaciones mundiales y regionales.

Es así, que durante el gobierno de Sixto Durán Ballén (1992-1996), se da paso a la reforma del sistema jurídico, que permitiría empezar la modernización del Estado y la reestructuración institucional, o también llamada la “reforma neoliberal”. Entre las nuevas leyes que entran en vigencia en este importante período de transformación, nace la Ley General de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (LME), publicada en el Registro Oficial N° 349, el 31 de diciembre de 1993.

La LME tuvo como fin encontrar una solución a la crisis económica y social iniciada desde la década de los ochentas, por medio de la adopción de un nuevo modelo de desarrollo económico, reflejado en la decisión de iniciar excepcionalmente procesos de privatización y concesión de servicios públicos a la iniciativa privada, sectores comunitarios y de autogestión, de todas aquellas actividades constitucionalmente permitidas por la ley, tal como la prestación del servicio de agua potable; así como, de aquellas actividades que

anteriormente estuvieron a cargo de la iniciativa privada, pero que tuvieron que ser asumidas por el Estado cuando ésta no pudo explotarlas, significándole una mayor carga presupuestaria. Por medio de esta ley, se pretendió a su vez garantizar una eficiente explotación de los servicios públicos, que todos los ciudadanos tengan un mayor acceso a ellos, librar al Estado de actividades que bien pudiera realizar la iniciativa privada, comunitaria y de autogestión, para así, poder contar con mayores recursos financieros que le permitan atender otras necesidades prioritarias indelegables a los entes privados. Los objetivos fundamentales planteados en esta ley son la racionalización y eficiencia administrativa, la desconcentración y descentralización de las potestades públicas; y la posibilidad de delegar a la iniciativa privada la prestación de los servicios públicos y las actividades económicas, dentro de una esfera de libre competencia y desmonopolización, limitando de esta manera al Estado a ser un órgano de control y regulación del proceso en marcha.

El artículo 46 de la Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador del 1993, publicada en el Registro Oficial N° 183, de 05 de mayo del mencionado año, fue la norma legal vigente que amparó este proceso de privatizaciones y concesiones, contempladas concordantemente en la LME. Dicho artículo mencionaba que la economía ecuatoriana funcionará a través de cuatro sectores básicos, los cuales son: el sector público, las compañías de economía mixta, el sector comunitario o de autogestión y el sector privado, y detalla a continuación:

“Son áreas de explotación económicas reservadas al Estado:

- a) Los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo y todos los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo;*
- b) Los servicios de agua potable, fuerza eléctrica y telecomunicaciones; y,*
- c) Las empresas estratégicas definidas por la ley.”*

Finaliza el artículo señalando que *“el Estado excepcionalmente, podrá delegar a la iniciativa privada el ejercicio de cualesquiera de las actividades antes mencionadas, en los casos que la ley establezca”*.

Bajo este proceso de modernización, se considera que el Estado es quien tiene la obligación y responsabilidad de proveer a la ciudadanía servicios públicos de calidad, ya sea directamente por la administración pública o indirectamente, mediante la delegación a la iniciativa privada o mediante la conformación de compañías de economía mixta. Así lo establece el artículo 6 de la LME:

“El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos y la exploración y explotación de recursos naturales no renovables de su propiedad. Esta delegación se hará por cualquiera de los medios establecidos en la Constitución, garantizando que, si se tratare de servicios públicos éstos respondan a principios de eficiencia, accesibilidad, continuidad y calidad, con especial énfasis en la determinación equitativa de precios y tarifas...”¹.

1.2. DELEGACIÓN

La Administración Pública ha desarrollado un modelo de organización administrativa, con el fin de que las instituciones públicas, sus organismos y dependencias, y los funcionarios públicos, bajo el *principio de legalidad*², puedan realizar lo que explícitamente se encuentre dentro de la esfera de su competencia, manteniendo un orden jerárquico entre ellas y un sistema de coordinación que haga efectivo el goce de los derechos reconocidos por el Estado.

¹ Lo subrayado es fuera de texto.

² Principio de Legalidad: dentro del campo del Derecho Público, este principio establece que la Administración Pública solo podrá realizar todo aquello que la ley le faculta.

1.2.1. Definición de Competencia

Tal como lo define Dromi, “*la competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo.*”³ En suma, es el conjunto de facultades, derechos y obligaciones que una autoridad administrativa posee y que debe ejercerlas legítimamente, por haber sido otorgadas de manera expresa o implícitamente por la constitución, los tratados, las leyes y los reglamentos.

1.2.1.1. Elementos de la Competencia

Los elementos que componen a la competencia son la *objetividad, obligatoriedad, irrenunciabilidad e improrrogabilidad.*

- Objetividad: porque nace de la ley o reglamento que la determina;
- Obligatoriedad: por cuanto la ley impone su fiel cumplimiento;
- Irrenunciabilidad: se refiere a la atribución del órgano y no a la voluntad de la persona que lo ejerce;
- Improrrogabilidad: en cuanto no puede ser transferida la competencia a otro órgano, salvo en los casos de *delegación* o *avocación*⁴ previstos por las disposiciones normativas pertinentes.

1.2.2. Definición de Delegación

Deviene la delegación, como una excepción del principio de improrrogabilidad, el cual funciona como una herramienta de la Administración Pública, empleada en pro de un proceso de descentralización, que busca asegurar la celeridad, eficacia, especialidad y economía procesal de la administración.

³ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad de Argentina, 9° edición, Buenos Aires, 2001, página 255.

⁴ Avocación: cuando un órgano inferior transfiere su competencia a un órgano superior.

Delegar es “*el acto jurídico, general o individual, por medio del cual un órgano administrativo transmite todo o parte de sus poderes o facultades a otro órgano*”.⁵ Es una figura jurídica que permite a la Administración Central el desprendimiento de una facultad, atribución u obligación de alguna actividad propia, hacia otra entidad dotada de personalidad jurídica, que actúa en nombre y por cuenta propia (pudiendo ser compañías de economía mixta y excepcionalmente la iniciativa privada), a los que se les transfiera esta potestad de forma total o parcial.

1.2.3. Competencias Delegables

Los órganos administrativos pueden transferir a sus inferiores jerárquicos el ejercicio de sus competencias propias, siempre que esa delegación sea expresa y se encuentre contenida en un acto administrativo o contrato, en donde se determinen las obligaciones, facultades y deberes que comprenden la mencionada transferencia. Sin embargo, la titularidad de las funciones delegadas, son del órgano administrativo, con la consecuente obligación de vigilar y controlar la gestión del delegado, ya que será quien deba responder frente a los entes públicos y administrados.

No se pueden delegar los actos que implican el ejercicio de potestades de decisión, normativa, reguladora, sancionadora y de control de los particulares. Por lo que corresponde propia e indelegablemente al Estado, al Ejecutivo, y a las instituciones públicas las atribuciones constitucionales conferidas al órgano en razón de la división de poderes y las atribuciones ya delegadas. Autores como Dromi, consideran indelegables “*los componentes de la potestad estatal, indelegable a los particulares, distintas acciones como las de: declaración de políticas, administración de justicia, expedición de las leyes.*”⁶

⁵ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, Diccionario de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A., México 2006, página 81.

⁶ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad de Argentina, 9° edición, Buenos Aires, 2001, página 258.

Estos actos enunciados son de autoridad y el Estado los realiza generalmente para cumplir sus funciones jurídicas esenciales.

Las competencias exclusivas del Estado, son aquellas que están numeradas en el artículo 261 de la Constitución, y son las siguientes:

- *La defensa nacional, protección interna y orden público;*
- *Las relaciones internacionales;*
- *El registro de personas, nacionalización de extranjeros y control migratorio;*
- *La planificación nacional;*
- *Las políticas económica, tributaria, aduanera, arancelaria, fiscal y monetaria, comercio exterior y endeudamiento;*
- *Las políticas de educación, salud, seguridad social y vivienda;*
- *El manejo de desastres naturales;*
- *Las que le correspondan aplicar como resultado de tratados internacionales;*
- *El control y la administración de las empresas públicas nacionales.*
- *Las áreas naturales protegidas y los recursos naturales;*
- *El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos; y,*
- *Los recursos energéticos; minerales; hidrocarburos, hídricos; biodiversidad y recursos forestales.*

Sin embargo, el artículo 260 de la Constitución, en concordancia con los artículos 315, 316 y 318 ibídem, permite que ciertas competencias exclusivas, como son la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad sean delegables

entre los distintos niveles de gobiernos, a compañías de economía mixta, en donde el Estado cuente con la mayoría accionaria; o excepcionalmente delegar a la iniciativa privada y economía popular y solidaria, pero deberán ser regulados de conformidad a una norma supletoria o el respectivo reglamento a la ley de su ramo.

“Art.260.- El ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno”

“Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.”

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

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

1.2.4. Requisitos de la Delegación

Doctrinariamente la delegación de competencias debe cumplir con ciertos requisitos: a) que se encuentre prevista en la ley o por un ordenamiento de carácter general; b) que el órgano delegante esté facultado para transmitir parte de sus poderes; c) que el órgano delegado pueda legalmente recibir esos poderes; d) que los poderes transmitidos sean materia de delegación; y, e) que el órgano delegado posea la idoneidad técnica/tecnológica, financiera, administrativa, el talento humano suficiente y vasta experiencia.

Se debe resaltar que una vez que el órgano administrativo delegante transfiere sus atribuciones, facultades o deberes, el delegado es quien las asume, por lo que resulta erróneo pensar que pueden delegado y delegante simultáneamente ejercerlas. Como lo sostiene Manuel Parra Maria Diez citado en la obra de Fernández Ruiz Jorge, *“la delegación de competencia en el campo de la administración se produce cuando el superior jerárquico transfiere parte de sus atribuciones al inferior aumentando así la esfera de su competencia...por la delegación el órgano superior disminuye en parte su competencia en beneficio del inferior.”*⁷

1.2.5. Características de la Delegación

Una de las características de la delegación es su posibilidad de ser revocable, lo que quiere decir que el delegante puede en cualquier tiempo revocar total o parcialmente la delegación con la obligación de manifestar expresamente si es que reasume total o parcialmente las atribuciones delegadas o las transfiere a otro órgano. Sin embargo, en el caso de la delegación de la ejecución de una obra o de la prestación de un servicio público, celebrado mediante la suscripción de un contrato, no aplica la revocación y solo podrá darse por terminada en los casos previstos por el mismo contrato o por la ley. En nuestra legislación el artículo 96 del Reglamento de la Ley de Modernización prescribe

⁷ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, Diccionario de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A., México 2006, página 81.

que podrán ser: vencimiento del plazo, mutuo acuerdo, caducidad, mutuo acuerdo y declaración de quiebra de la sociedad concesionaria.

En conclusión, en su momento la delegación de competencias surgió como un instrumento jurídico en medio de un proceso de modernización del Estado, que incluyó la descentralización y la desconcentración de competencias, que hasta esa fecha significaron una fuerte carga para la administración central. Así pues, la LME establece que entre las modalidades para la delegación de la prestación de los servicios públicos, se la pueda realizar por medio de una concesión, la misma que se estudiará a continuación.

1.3. LA CONCESIÓN

La concesión surge gracias a la necesidad del Estado de que terceros ejecuten obras o presten servicios, que le permitan mantener su funcionamiento, organización y el aparato de gobierno, con el objetivo de alcanzar el bienestar y progreso social del Estado.⁸

1.3.1. Definición de Concesión

Cabanellas lo conceptúa como “el otorgamiento administrativo, ante oferta privada o por ofrecimiento público, que se hace a particulares y empresas... para construir obras de interés público o para explotar servicios generales o locales. Las concesiones se dan por contratación directa y, con mayor frecuencia, mediante licitación o subasta al mejor postor, que habrá de sujetarse el pliego de condiciones. El concesionario habrá de sujetarse al presupuesto y al plan de la obra.”⁹

⁸ SARMIENTO, Jorge, Concesión de Servicios Públicos, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, página 95.

⁹ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1981, página 253.

El Reglamento a Ley de Modernización manifiesta que *“las concesiones serán otorgadas al sector privado con el objeto de que este último por su cuenta y riesgo, en las condiciones estipuladas en la licitación y el contrato, planifique y construya una obra pública, mantenga y mejore una ya existente o preste un servicio público a cambio de recibir una utilidad por sus inversiones y trabajo”*¹⁰

La concesión es una forma de delegación por medio del cual la Administración encomienda la ejecución de una obra o la gestión de un servicio público a un particular, en las condiciones que ella determina, por cuenta y riesgo del contratado, en virtud de una retribución tarifaria que es previamente acordada, donde el Estado juega dos papeles importantes: el de concedente por un lado, y el de ente regulador y controlador de la gestión, encargado de fiscalizar, sancionar, regular y sustituir en el caso que le toque reasumir la prestación.

¿Es lo mismo la concesión y la privatización? Evidentemente, no; pero países como Estados Unidos y Gran Bretaña entienden a esta práctica de concesionar o de delegar las tareas públicas a organizaciones privadas, bajo el concepto de Privatización. Históricamente la privatización nace en Gran Bretaña durante el gobierno de Margaret Thatcher en 1979, quien adopta a la privatización como una política administrativa, encaminada a romper con el centralismo existente, reducir el déficit fiscal y fomentar a la libre empresa. Dentro de las empresas que fueron privatizadas, tenemos a Conrail, British Gas, British Telecom, Jaguar, British Airways, el servicio Ferry Sealink, entre otros.

En Estados Unidos, la privatización toma fuerza en los años ochentas, gracias al impulso de la administración de Ronald Reagan (1981-1988), que ayudó a impulsar la restricción

¹⁰ Reglamento a Ley de Modernización del Estado, artículo 68.

del dominio público en pro de *“reclutar energías privadas para mejorar el funcionamiento de tareas que en cierto sentido, seguirán siendo públicas”*¹¹.

Para América Latina, incluyendo nuestra legislación, los conceptos de privatización y concesión han sido altamente mitificados y manejados bajo diferentes concepciones según el debate político y la presión pública, a tal punto que aún hay quienes están a favor y quienes están en contra, sin que los criterios se unifiquen.

Privatización es el acto de privatizar, mecanismo que emplea el Estado para vender parte o la totalidad de los bienes o la prestación de los servicios públicos pertenecientes a él, a los entes privados (sean estos nacionales o extranjeros). Según el Reglamento a la Ley de Modernización, *“mediante la privatización el sector público traslada al sector privado empresas, bienes, servicios, actividades, establecimientos o derechos controlados directamente por el sector público.”*¹²

Nuestra legislación no deja de ser la excepción; tanto cuerpos normativos como los legisladores continúan confundiendo estos dos conceptos distintos como sinónimos, y el debate público no se agota en la discusión técnico-jurídica, sino en la ideología política. Prueba de ello es lo que se presenta en el Proyecto de Ley Orgánica de los Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua, que en su artículo 3 dice lo siguiente:

“El agua por su trascendencia para la vida, la economía y el ambiente, no puede ser objeto de ningún acuerdo comercial, con gobierno, entidad multilateral o empresa extranjera alguna. Se prohíbe toda forma de privatización, como por ejemplo:

a) Toda delegación al sector privado de la gestión del agua o de alguna de las atribuciones asignadas por la ley a la autoridad hídrica nacional;

¹¹ DONAHUE, John D., La Decisión de Privatizar, Fines Públicos, Medios Privados, Ediciones Paidós, Barcelona, 1991, página 22.

¹² Reglamento a la Ley de Modernización, artículo 44.

- b) La delegación de la prestación de servicios públicos relacionados con ella;*
- c) La administración privada de estos servicios; y*
- d) Cualquier otra forma que imponga un régimen económico basado en la inversión privada lucrativa para la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos relacionados.*

Las instituciones del Estado velarán por la racionalidad del uso o aprovechamiento del agua y por la legitimidad y legalidad de las autorizaciones y permisos para tales efectos.”

Si bien es cierto que dentro de esta ley se prohíbe toda forma de privatización, resulta impreciso o anti-técnico que se considere como una forma de privatización a la delegación al sector privado de la prestación del servicio público del agua, aún cuando ampliamente los doctrinarios y estudiosos del Derecho han señalado la diferencia entre estos dos conceptos. Incluso la Ley de Modernización del Estado, dentro de los procedimientos para la desmonopolización, delegación y privatización de servicios públicos, señala que podrán ser por medio de la delegación total o parcial y, por otro lado, mediante la transferencia definitiva al sector privado de la gestión.

Por lo que, en primer instancia la privatización no supone lo mismo que delegación, luego privatización es la transferencia de la titularidad del dominio al privado, mientras que la delegación es netamente la transferencia de competencias al ente privado o a una compañía de economía mixta, que puede ser realizada total o parcialmente, entre otras formas, a través de una concesión, pero manteniendo el Estado la propiedad. Entonces, al ser mal conceptualizados y empleados los términos en este Proyecto de Ley Orgánica de Recursos Hídricos, no sólo que se está induciendo a la confusión y malinterpretación doctrinaria, sino que con tal equívoco, al prohibir la privatización del agua, se estaría negando la posibilidad de delegar la prestación del servicio a una compañía de economía mixta y excepcionalmente a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, que expresamente faculta la Constitución, además que el mismo cuerpo legal, en el artículo

318 determina que el primer orden de prelación del uso del agua será para el consumo humano, demostrando así su vital importancia.

En tal virtud, en ningún caso concesión es igual que privatización; los dos son temas estrechamente relacionados, en cuanto surgen de la misma visión liberal del Estado y de la economía, bajo la misma idea de conseguir un fin común: la desconcentración y descentralización del Estado, la eficiencia administrativa y el acceso de mejores servicios y bienes prestados con la ayuda del sector privado.

Entre las diferencias entre uno y otro concepto, podemos enunciar primeramente a la distinción conceptual o formal que señala la Ley y la doctrina. Luego, en las concesiones, quien mantiene la titularidad del bien o servicio es el Estado, en tanto que el concesionario solo interviene como un delegado o mandatario encargado de la prestación del servicio; por su parte, la privatización significa la venta, el traspaso de dominio por parte del Estado, hacia el ente privado. En la concesión el concesionario debe pagar una retribución o tarifa al Estado por habersele adjudicado la prestación de la ejecución de la obra o la prestación del servicio, en cambio, en la privatización el comprador o la entidad privada paga un precio por la compra del bien o prestación del servicio. Las concesiones son de tiempo limitado, las partes pactan un tiempo en el que ha de desarrollarse la gestión del concesionario, mientras que en la privatización no existe un tiempo. Finalmente, cuando la concesión se termina, los bienes que se emplearon para la ejecución de la obra o durante la prestación del servicio continuarán siendo de propiedad del Estado; y en la privatización, los bienes transferidos son de propiedad del ente privado.

¿Es mejor concesionar que privatizar? La respuesta puede darse según la tendencia o postura política, sin embargo la problemática no radica en seguir enfrentando la decisión estatal de optar por el Centralismo, o por la Descentralización de competencias, ni tampoco en seguir confundiendo los términos; por el contrario, es mejor evaluar con

madurez la experiencia pasada y que cada Estado construya estructuras institucionales eficientes en pro del bien común, que aseguren a los ciudadanos el buen vivir. La decisión de concesionar o privatizar “(...) *no es de ninguna manera el remedio universal...hay oportunidades reales para afrontar proyectos públicos de forma más eficiente y responsable si se cuenta con la participación del sector privado*”¹³.

Tanto concesión, como privatización deben ser empleadas siempre que sea posible hacerlo, con lo que se aliviará la carga de la Administración Pública, permitiéndole enfocarse en tareas centrales e indelegables para la misión del gobierno y reactivación económica. Resulta necesario considerar que durante la implementación de cualquiera de estos dos mecanismos, privatización o concesión, siempre su aceptación pública es decreciente y se mantiene negativa; solo hasta cuando las condiciones se estabilizan, reflejando la eficiencia de la obra o servicio, ésta es una política deseada, o por lo menos, objeto de una discusión sin prejuicios ni manipulaciones políticas.

El artículo 282 del mismo cuerpo legal, determinan expresamente que se prohíbe toda forma de acaparamiento o privatización del agua, por ser una garantía constitucional el derecho humano de uso y acceso a ella, abriendo solo la posibilidad de que el agua, como sector estratégico y como servicio público, pueda ser prestada por empresas públicas o mediante delegación a una compañía de economía mixta, siendo el Estado el accionista mayoritario, siempre predominando el interés nacional, respetando los plazos y límites fijados por la ley en cada caso particular; y de forma excepcional, cuando la ley lo establezca, se la podrá delegar a la iniciativa privada y la economía popular y solidaria.

“Art. 282.- El Estado normará el uso y acceso a la tierra que deberá cumplir la función social y ambiental. Un fondo nacional de tierra, establecido por la ley, regulará el acceso equitativo de campesinos y campesinas a la tierra.

¹³ DONAHUE, John D., La Decisión de Privatizar, Fines Públicos, Medios Privados, Ediciones Paidós, Barcelona, 1991, página 29.

Se prohíbe el latifundio y la concentración de la tierra, así como el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes.

El Estado regulará el uso y manejo de agua de riego para la producción de alimentos, bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental.”

¿Por qué existe oposición a la concesión y privatización? Entre las razones se debe señalar en primera instancia, la experiencia vivida en otros países latinoamericanos como Argentina y Bolivia, en los que el sistema no dio resultados positivos, por cuanto los procesos de privatización no fueron transparentes y la implementación de la nueva regulación y normativa resultó inadecuada, al igual que fue insuficiente el proceso de desregularización. De igual forma, el problema del proceso de privatización de estos dos países fue la selección de los adquirentes, que resultaron no ser las firmas más eficientes; por ejemplo, en Argentina en 1989, durante el Gobierno de Menem, se aprobó la Ley de la Reforma Administrativa Nacional, mediante la cual se declaraba en estado de emergencia económica a los servicios públicos. En tal razón, se privatizó el servicio público del agua al consorcio franco-argentino Aguas Argentinas, una filial de Suez Lyonnaise des Eaux, quien compró la compañía estatal de aguas: Obras Sanitarias de la Nación (OSN). Aunque en un inicio con Aguas Argentinas se alcanzó una mayor cobertura de agua potable a la población, sus principales errores fueron el incremento progresivo y elevado de las tarifas, la sobrefacturación de precios, la poca cobertura y extensión de las redes de alcantarillado, que se vieron descuidadas por no presentar un negocio rentable y la suscripción de un contrato con cláusulas flexibles, que le brindaban protecciones.

Luego, el proceso de concesión del servicio no en todos los países ha resultado enteramente exitoso, es así como, en 1999 en Bolivia, por medio de la aprobación de la Ley de Agua Potable y Saneamiento Básico, se dio paso a la concesión del servicio público de agua potable. La prestación del servicio de agua de la ciudad de Cochabamba es uno de los casos más controversiales, que fue otorgado al Consorcio Aguas Turi, que tenía como socio a la multinacional americana Betchel, quienes bajo la excusa de recuperar los costos invertidos, incrementaron la tarifa mensual de servicios de

distribución de agua en 400% (pasó de 5 a 20 dólares). Las familias de bajos recursos fueron las más afectadas pues se vieron obligadas a pagar la cuarta parte de sus ingresos por servicios de agua. El descontento popular impulsó la conformación de una alianza ciudadana denominada Defensa del Agua y de la Vida, a fin crear un movimiento que proteste y reclame ante esos abusos. Se organizaron varias manifestaciones pacíficas que terminaron en agresiones, sin que el Gobierno adopte ninguna medida de protección a la ciudadanía. Finalmente en el año 2000, la Coordinadora de Defensa del Agua y de la Vida promulgó la Declaración de Cochabamba con el fin de reclamar el derecho universal al agua y propuso, al mismo tiempo, reconstruir la empresa municipal de agua, Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado (SEMAPA), como una asociación de participación ciudadana gestionada de forma transparente y eficiente. Betchel ante el descontento popular, abandonó el país y SEMAPA tomó a su cargo nuevamente la prestación del servicio.

De igual forma, por la manipulación conceptual de términos empleada por las élites políticas y grupos económicos, que transmitieron un prejuicio inconsulto del tema, y gracias a los intereses corporativos orientados a obtener el bien individual, en vez del bien colectivo, lograron tergiversar lo que en un inicio fueran reformas modernizadoras, encaminadas a la reducción de gasto fiscal, la descentralización del poder y la eficiencia administrativa, para posteriormente emplearlas como una práctica permisiva de excesivo beneficio al ente privado y a los funcionarios públicos involucrados en el proceso, ya que se vendían compañías maquilladas, que presentaban una baja rentabilidad, con el fin de ser vendidas a su vez, a un precio mucho más bajo del real.

Ahora, ¿cuándo se deben delegar las competencias públicas a una compañía de economía mixta, y de manera excepcional a la iniciativa privada o la economía popular y solidaria, por medio de la concesión? Siempre que el Estado al no poder por sí mismo continuar con el ejercicio de dichas competencias y facultado por ley, resuelva transferirlas, de acuerdo a un proceso previo de selección (licitación) del concesionario, suscriba un contrato concreto, en el que se especifique la tarea que desea delegar y que

ésta sea susceptible de ser evaluada al momento de su finalización, en un contexto de competitividad y responsabilidad garantizada por el concesionario.

1.3.2. Clases de Concesión

Al referirnos a las clases de concesión, nos enmarcamos en dos tipos: a) la concesión de obra pública; y, b) la concesión de servicios públicos.

1.3.2.1. Concesión de Obra Pública

Contrato en virtud del cual la Administración contrata a una empresa para la realización de un trabajo determinado, en que las partes pactan como remuneración la explotación de la nueva obra construida, durante un plazo determinado, sin importar si su fin tendrá el carácter de servicio público.

Opera la delegación en este tipo de contrato por cuanto: “el concesionario se coloca en el papel de la Administración pública frente a los administrados, y en consecuencia él percibe directamente, como si se tratara de un servicio público, las tasas o contribuciones especiales, en su caso. El concesionario de una obra pública ejerce ciertos derechos propio de la entidad pública, especialmente en punto al cobro; sus títulos de crédito tienen fuerza ejecutoria, que es un privilegio propio de las contribuciones fiscales”.¹⁴

La remuneración que obtiene el contratista, no es efectuada por la entidad estatal, sino por los administrados mediante sistemas, como por el ejemplo, el peaje o la contribución de mejoras, produciéndose efectos relacionados con terceros

¹⁴ BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires, página 57.

1.3.2.2. Concesión de Servicios Públicos

Contrato de la función administrativa en el cual se encomienda o delega a una persona física o jurídica, privada o pública, la ejecución de un servicio público, bajo condiciones objetivas, subjetivas y temporales determinadas por la administración, por cuenta y riesgo del concesionario, quien es retribuido por el precio o tarifa pagado por los usuarios o con *subvenciones* y *garantías* otorgadas por el Estado, o con ambos a la vez.

1.3.3. Requisitos de la Concesión

El concesionario debe reunir ciertas condiciones exigidas por los regímenes legales respectivos de cada país, para poder ser escogido por la administración pública, a fin de asegurar una eficiente prestación del servicio público por un plazo estipulado. El prestador privado será, entonces vigilado y controlado por los diferentes organismos del Estado, a lo que se suma el control comunitario o social.

“La concesión de servicio público se otorga directa e inmediatamente en “interés público”; por eso la concesión de servicio público no puede terminarse unilateralmente por el concesionario y el control del Estado sobre la actividad del concesionario se acrecienta e intensifica, en comparación con el control estatal sobre la actividad del contratista en los demás contratos administrativos. A pesar de la concesión, la actividad sigue siendo “servicio público” por lo cual los principios esenciales de éste tienen plena vigencia en el ámbito de la “concesión”.¹⁵

1.3.4. Naturaleza Jurídica de la Concesión

¹⁵ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad de Argentina, 9° edición, 2001, Buenos Aires, página 515.

Su naturaleza jurídica es efectivamente la de ser un contrato de la administración, regulado principalmente por el Derecho Público, y de forma analógica y supletoria, regido por principios y normas de derecho privado. La **Teoría del Acto Mixto**, iniciada por Duguit¹⁶, señala que dentro de la concesión de servicios públicos, coexisten:

- a) *Un acto reglamentario*, regulado por la ley y establecido de forma unilateral por la administración, quien es la que fija la organización y modificación del contrato, al cual el concesionario debe adherirse si es ésta su voluntad, limitándose la discrecionalidad del ente privado.

- b) *Un contrato convenio*, por cuanto nace de la voluntad de ambas partes, quienes fijan las condiciones económicas y financieras de la concesión, en principio inmodificables. Sus características son las de un *contrato de tracto sucesivo*, ya que su ejecución se la realiza por períodos, tramos o fases predeterminados; y es un *contrato intuito persona*, ya que el concesionario al ser escogido dentro de un proceso precontractual de calificación y selección, es el responsable por la ejecución de la obra o la prestación del servicio, el cual no puede ser transferido, a menos que se haya estipulado contractualmente y ser cuenta con la autorización expresa de la autoridad concedente, pero en todo caso, seguirá siendo responsable el concesionario (Art. 89 Reglamento a la Ley de Modernización).

1.3.5. Caracteres Jurídicos de la Concesión

La concesión de servicios públicos presenta una estructura homogénea y única, la cual puede someterse a modificaciones legítimas que se estimen necesarias. Sus caracteres jurídicos son: *bilateral*, por cuanto ambas partes se obligan recíprocamente; es *oneroso* y *conmutativo*, ya que existen contraprestaciones recíprocas para las partes, las mismas que son equivalentes o proporcionales; es *"intuito personae"*, ya que debe ser ejercida

¹⁶OLIVERA Toro, Jorge, Manual de Derecho Administrativo, 5ta edición, Editorial Porrúa, México, 1988, página 125.

personalmente por el concesionario, exclusivamente y por cuenta y riesgo de éste; es *administrativo*, ya que una de las partes que intervienen en la celebración del contrato es la administración pública, a más de que se encuentra dentro de la competencia del Derecho Administrativo; *de tracto sucesivo*, ya que para que se lo ejecute se lo debe hacer por períodos, tramos o fases; y finalmente es *prestacional*, ya que supone el cumplimiento una obligación de hacer, en este caso la prestación de un servicio público.

1.3.6. Derechos y obligaciones del concesionario y concedente

Como producto de la celebración del contrato, se derivan derechos y obligaciones, tanto para el concedente (Estado), como para el *concesionario* (persona natural o jurídica, privada, pública o mixta). De forma muy resumida tenemos pues, que los derechos del concedente son: la potestad de regular, fiscalizar y sancionar, la posibilidad de exigir al concesionario el cumplimiento continuo de la prestación en el tiempo estipulado, la posibilidad de introducir modificaciones al contrato, siempre que esté estipulado en el contrato y sin que afecten los derechos adquiridos por el concesionario, y también tiene derecho a sustituir al concesionario. En el caso de la conformación de una compañía de economía mixta el concedente puede adquirir acciones privilegiadas o solicitar el derecho a veto dentro de las resoluciones dentro del órgano de control de la empresa.

Ahora, la obligación correlativa según lo establece el artículo 87 del Reglamento a la Ley de Modernización son: el pago de la tarifa fijada, conceder la exclusividad del servicio al concesionario, no intervenir en la administración de la operación del concesionario, brindar las seguridades necesarias al concesionario, solicitar la declaratoria de caducidad del contrato, supervisar el cumplimiento del contrato y, asegurar y garantizar un servicio oportuno, de calidad y cubierto para todos los usuarios, por medio de la regulación y fiscalización al concesionario, permitiéndole así, actuar inmediatamente en caso de vulneración de los derechos del usuario. Paralelamente, la Constitución en su artículo 88, ha establecido la Acción de Protección como garantía jurisdiccional, encaminada a tutelar

el derecho de los usuarios al acceso a un servicio público del agua *eficiente, oportuno, obligatorio, continuo, de calidad e igualitario*, que en caso de que el agua como derecho humano fundamental, sea vulnerado o afectado negativamente por el concesionario.

“Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra las políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”

Lo principales derechos del concesionario son la explotación de la prestación del servicio, mantener la exclusividad en la zona o región de influencia y recibir la tarifa pagada por los mismos usuarios, que es susceptible de ser revisada periódicamente. La tarifa debe responder a principios de *proporcionalidad e irretroactividad*, y ser aprobada anticipadamente por la administración, pues implica retribución según la efectividad en el servicio. Se incluyen también, ciertos privilegios que goza el concesionario, como es el caso de exenciones de tasas y tributos municipales por la ocupación de espacios públicos y la posibilidad de incorporar nuevos socios o interesados, con la previa aceptación del concedente.

En caso de que los usuarios incurran en mora por servicios impagos, el concesionario, tiene la potestad de cobrar recargos o intereses (calculados a tasas oficiales), pero en ningún caso se podrá suspender el servicio. A partir del segundo mes de mora se podrá suspender el servicio, si el cliente reconecta ilegalmente y se cobra una multa que consiste en el 10% del valor total de la re conexión. Si hasta el cuarto mes no se cancela, la cuenta en mora es objeto de Juicio Coactivo. Dentro de este tema es importante recalcar, que dentro de la actual Constitución se reconoce a los usuarios el acceso al agua como un derecho fundamental, el cual no puede ser vulnerado, bajo la visión de precautelar el *buen vivir y la soberanía alimentaria*, por lo que no resultaría legal, ni

legítimo que por morosidad en el pago de las tarifas se suspenda el servicio. La eventual suspensión del servicio por esta razón, podría ser objeto de una Acción de Protección.

Las obligaciones correlativas son: el cumplimiento del contrato a cabalidad y eficiencia, la prestación del servicio delegado de forma continua, ininterrumpida y sin discriminaciones, la entrega de información requerida por la autoridad concedente, así como el sometimiento a los demás controles que determine la ley. Queda prohibido en el contrato que el concesionario ejecute cualquier tipo de acto, convenio o asociación que impidan la libre competencia, la realización de actos colusorios o que perjudiquen a otras empresas o usuarios.

En caso de suscitarse controversias entre concedente y concesionario, o concedente y usuarios pueden resolverse por medio de la jurisdicción contenciosa administrativa o si se ha estipulado contractualmente a través de los métodos alternos de solución de conflictos y en caso de que no se llegue a ningún acuerdo se someterán a la justicia ordinaria. Si las controversias se presentan entre concesionario y sus empleados o terceros (usuarios o no usuarios), se resolverán por medio de la justicia ordinaria.

Por disposición de los artículos 55, 82 y 83 del Reglamento a la Ley de Modernización, a fin de garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión se establecerá un régimen de garantías, en el cual el concesionario deberá adjuntar una garantía de fiel cumplimiento de conformidad a las bases de la licitación, que será fijada en consideración el tipo de concesión, la titularidad de las instalaciones que empleará el concesionario y la existencia o no períodos de gestión. Se podrá requerir de garantías independientes para las fases de explotación del servicio. En caso de incumplimiento del contrato por parte del concesionario, la garantía se hará efectiva inmediatamente pudiendo ser en su totalidad o parcialmente, de ser el caso el concesionario deberá constituir una nueva garantía o completarla.

1.3.7. Terminación de la Concesión

En un último punto, resta analizar las diferentes causas por las que el contrato de concesión de servicios públicos puede termina; así, del análisis que realiza Roberto Dromi¹⁷ y el Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, tenemos que son las siguientes:

- Expiración o vencimiento del término: es cuando el plazo o término estipulado en el contrato para el cumplimiento de la prestación del servicio ha vencido normalmente, y el objeto del contrato se ha cumplido a cabalidad
- Rescate: decisión unilateral de la Administración, por medio de la cual, en nombre del interés general se pone fin al contrato de servicios anticipadamente, con el fin de que la Administración reasuma o sustituya al concesionario, el cual deberá ser notificado e indemnizado totalmente.
- Caducidad: es una medida tomada por la Administración a manera de sanción al concesionario, que por incumplimiento del contrato, permite que se extinga el contrato. La caducidad opera desde que la Administración notifica el concesionario sobre el particular, sin derecho a que sea indemnizado. En el caso de que el incumplimiento del concesionario perjudique al Estado, este deberá ser indemnizado por aquél.
- Terminación anticipada: puede darse de dos formas. La primera es la resciliación bilateral o convencional, en la que tanto la Administración como el concesionario acuerdan en dar por terminado la prestación del servicio, con el consecuente reconocimiento de derechos. La segunda es la rescisión unilateral, habilitada para cualquiera de las partes en caso de culpa atribuible a una de ellas; si la Administración es quien decide la terminación anticipada y unilateral como una medida sancionatoria, por faltas graves del concesionario, éste deberá pagar las indemnizaciones correspondientes. Pero cuando a la Administración le resulta imposible mantener la concesión y debe resolverla, será quien debe indemnizar al

¹⁷ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad de Argentina, 9° edición, Buenos Aires, 2001, páginas 455 a 464.

concesionario pecuniariamente. Pueda darse en los casos de cambio de proyectos, reducciones excesivas o por razones de emergencia económico – financieras.

- Concurso preventivo o quiebra del concesionario: en este caso, a fin de asegurar la continuidad de la prestación del servicio, se dispone que la autoridad concedente conozca de inmediato la sentencia de quiebra, para que se nombre a un interventor, quien tome las medidas necesarias para asegurar el servicio.
- Renegociación: implica cambios en el contrato de tipo ordinarios o extraordinarios, dependiendo de la emergencia y urgencia pública, que pueden ser tan profundas como el cambio de los sujetos, objeto, las prestaciones asumidas, etc. Tiene un tinte civilista similar a la novación, ya que reemplaza una obligación por un elemento nuevo.

1.3.8. Mecanismos para concesionar

En la mayor parte de las ocasiones, la administración pública no tiene la facultad de elegir y contratar libremente a su contratante, pues comúnmente es el ordenamiento jurídico el que le constriñe a realizar la elección, ya sea por contratación directa, por oferta en la Bolsa de Valores, por suscripción pública de acciones o por licitación pública, que será la que se estudie dentro del presente trabajo.

El procedimiento de concesión vía licitación es integral, se subdivide en varias fases que van desde la formación de la voluntad administrativa para la concesión del servicio, que surge con la convocatoria pública a la licitación, hasta la contratación en sí. Cada una de las fases tiene su importancia, si se obvia una de ellas o se incumple, o se incurre en nulidades, se invalida todo el proceso, lo cual, puede ser impugnado tanto por la Administración, el particular contratante o por terceros que eventualmente pueden verse perjudicados, verbigracia proveedores, ciudadanos.

En América Latina los procesos licitatorios (sea con preselección o con selección) se reglan con la normativa expresamente establecida por la legislación vigente, en el caso ecuatoriano bajo el amparo de la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento, además de las estipulaciones fijadas en el pliego de condiciones, sin embargo también pueden estar condicionados por los requerimientos de organismos multilaterales de crédito, como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo, que financian este tipo de proyectos.

1.3.8.1. Licitación

Es el procedimiento administrativo, por medio del cual la entidad pública, invita a participar indeterminadamente al público, sujeto a las bases fijadas en los documentos precontractuales y condiciones, para posteriormente formular una propuesta, a fin de que el sujeto de derecho interesado más apto y conveniente, sea seleccionado, por haber cumplido con los estándares establecidos y con el cual se suscribirá un contrato administrativo. Finaliza este proceso con la resolución de adjudicación notificada al interesado o con la declaratoria de desierto de la licitación, en caso de que las ofertas no convengan a la administración. Cabe recalcar que no se debe confundir a la licitación con el vínculo contractual que resulta de la misma; por el contrario, la licitación es un paso preliminar de la celebración del contrato.

1.3.8.1.1. Principios de la Licitación

Toda licitación debe cumplir con los siguientes principios básicos:

- Publicidad y concurrencia: es el llamado a la licitación pública o convocatoria a la licitación, donde se forma la voluntad administrativa de contratar. Debe ser anunciado y tener la publicidad previa al desarrollo del concurso, se encuentra destinada a suscitar la concurrencia de ofertantes, para colocarlos en igualdad de condiciones respecto del proceso de licitación.

Para Gherzi se “(...) debe considerar a la publicidad como un elemento tipificante de la licitación pública, porque para que tenga lugar es menester que los eventuales licitadores tomen en conocimiento del llamado de licitación, de lo contrario, no podrían comparecer haciendo sus ofertas”.¹⁸

- Libre acceso de los concursantes: Si el principio de publicidad tiene el propósito de que todos los interesados en contratar puedan concurrir a la licitación, este principio tiende a asegurar la igualdad de todos los interesados en poder participar dentro del proceso. De igual forma, el hecho de que existan mayor cantidad de participantes, permitirá a la administración realizar una mejor elección, en un escenario posible de democratización del proceso de contratación. Sin embargo este principio no implica que cualquier interesado pueda participar en el proceso de licitación, sino que, los más idóneos sean los que participen en el proceso, para lo cual, se sientan ciertas bases o requisitos técnicos, económicos, jurídicos y de experticia en contratos similares.
- Igualdad: Implica que la administración no puede crear entre los participantes discriminaciones jurídicas ni de hecho, susceptibles de dar ventajas o de perjudicar a ciertos concurrentes.
- Legalidad: para que se origine una licitación, ésta deberá estar normada y regulada por el marco regulador pertinente. La administración pública no puede discrecionalmente seleccionar al ofertante, obviar el proceso licitatorio o actuar de forma contraria a lo estipulado en la ley.
- Trato Justo: la licitación tiene como finalidad la selección del mejor ofertante y la mejor propuesta económica, por lo que no se podrá conceder beneficios o privilegios a ningún concursante, pues, todos tendrán el mismo trato.

¹⁸ GHERSI, Carlos Alberto, Contratos Civiles y Comerciales, Parte General y Especial, Tomo II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, página 5.

- Transparencia: en el actuar de la administración pública sobre el fiel cumplimiento del proceso de licitación, al cual todos los ofertantes e interesados pueden acceder a información en caso de requerirla.
- Integralidad: por cuanto supone un proceso global, en el cual no pueden obviarse u omitirse sus pasos, por cuanto acarrearían la nulidad.

1.3.8.1.2. Clases de licitación.

La doctrina reconoce tres tipos especies de licitación: a) pública, b) privada y, c) restringida

- Licitación pública o licitación abierta: es aquella en donde la invitación a participar se la realiza a un número ilimitado de oferentes o licitadores, que se encuentren habilitados según las leyes vigentes. *“La adjetivación como pública licitación, no hace referencia a su aplicación exclusiva a los contratos de la Administración, sino que se caracteriza por obedecer al llamado público a un número ilimitado de oferentes”*.¹⁹
- Licitación privada o licitación cerrada: en este procedimiento de licitación la administración pública discrecionalmente es la que invita expresamente a ciertos oferentes o licitantes a participar.
- Licitación restringida: es aquella en donde para participar de la licitación el oferente o licitante debe cumplir con alguna característica o requerimiento específico establecido por la administración pública. *“Lo importante es que aquí no hay una invitación personalizada como en la licitación privada, sino un llamado a licitación con alguna limitación”*²⁰

¹⁹ Op. Cit., página 4.

²⁰ Op. Cit, página 7.

En el Ecuador, los tipos de licitación que más se emplean son la licitación pública o abierta y la licitación restringida. La licitación pública, según los artículos 56 de la Ley de Modernización del Estado y 156 de su Reglamento, debe ser empleada cuando la administración pública resuelva conceder al sector privado una obra o servicio. Empero, el artículo 159 del Reglamento de la LME, también faculta a la administración pública emplear una licitación restringida, en caso de una concesión de gran complejidad, costo o magnitud; previo a iniciar un proceso licitatorio nacional o internacional, debiendo efectuarse una preselección del concedente (ya sean personas naturales, jurídicas o consorcios), por medio de la elaboración de un anteproyecto de obras e inversión.

La licitación privada o licitación cerrada no es aplicable en nuestro país por cuanto, además de no estar normada, la administración pública no tiene la discrecionalidad de poder seleccionar a los oferentes que gustaría participar de la licitación.

1.3.8.1.3. Etapas de la licitación

Las etapas de la licitación podemos resumirlas en las siguientes:

- a) Promoción pública y llamado a la licitación;
- b) Presentación de las propuestas;
- c) Apertura de las propuestas y adjudicación;
- d) Celebración del contrato.

Previo al proceso de licitación, el máximo organismo o autoridad del ente convocante aprobará las bases de la licitación y de ser el caso, contará con la aprobación del Ministerio competente y si procede, en caso de existir egresos de fondos públicos, de la Contraloría General del Estado. (Art. 156 del Reglamento de la LME).

El órgano concedente, en caso de concesiones de gran magnitud, costo y complejidad podrá realizar una preselección de los oferentes que participarán

posteriormente en el proceso licitatorio, antes de que se realice la promoción pública. (Art. 159 del Reglamento de la LME)

- Promoción pública y llamado a la licitación: previsto en el Art. 160 del Reglamento de la LME, que ordena que debe dársele una adecuada promoción, que se realizará de manera obligatoria, bajo pena de nulidad del proceso de licitación, mediante la publicación de la convocatoria por la prensa de por lo menos tres días consecutivos en dos diarios de circulación nacional, editados en ciudades distintas. En caso de licitaciones extranjeras se podrá publicitar la convocatoria en diarios y revistas extranjeras.

La convocatoria publicitará para el conocimiento de los interesados las modalidades, condiciones, características, precios y demás especificaciones de la licitación. (Art. 161 del Reglamento de la LME)

- Presentación de propuestas: deben ajustarse estrictamente a lo que está establecido en las bases de contratación. El acto de presentación de una propuesta es una declaración de la voluntad del particular dirigida a producir un doble efecto:
 - Que se admita en el proceso de selección convocado por la administración pública; y,
 - Que se acepte su oferta y se cree un vínculo contractual, por medio de la suscripción del contrato, siendo un derecho del adjudicatario firmarlo.

La presentación de las ofertas se realizará de conformidad al artículo 164 y siguiente del Reglamento de la LME, es decir, en dos sobres: el sobre N° 1 contendrá los antecedentes generales y la oferta técnica; mientras que el sobre N° 2 contendrá la oferta económica. En la mayoría de casos cuando se tratan de compañías se solicitan certificados de obligaciones y cumplimiento, y de existencia legal emitidos por la Superintendencia de Compañías, además del certificado de cumplimiento de contratos emitidos por la Contraloría General del Estado, que actualmente en la actualidad ya no emite por haber asumido tal función de registro el Instituto Nacional de Contraloría Pública.

Presentada la propuesta, no puede ser retirada, en virtud del principio de vincularidad del licitante con la administración, que imposibilita al licitante a retirar su oferta. Para la presentación de la propuesta, el ofertante debe cumplir una serie de formalidades constantes en las bases licitación y que, al no ser cumplidas, determinarán su descalificación. Son formalidades tanto de forma relativas a la presentación, la seguridad de la propuesta, de tal manera que impida conocer su contenido, el idioma en el cual se presenta, su encuadernación y foliatura, la firma y rubrica en cada hoja por parte del representante legal, cuanto de fondo, concerniente al contenido de la propuesta. Así mismo, no se aceptan enmendaduras, inserciones u otras correcciones, ni tampoco anotaciones manuscritas, no validadas por el mismo proponente. Para la presentación de la oferta, esta debe ser entregada en el lugar y hora que se indica en las bases. La administración puede reservarse el derecho de aceptar o no propuestas que sean enviadas por correo o servicios de mensajería, que en la mayoría de casos no ocurre. La presentación de una propuesta incompleta o que no hay cumplido con uno o más requisitos o procedimientos señalados en las bases, acarrea la descalificación de la misma.

- Apertura de las propuestas y adjudicación: este proceso de apertura se halla determinado en los artículos 166, 167, 168 y 169 del Reglamento a la Ley de Modernización. Primero se debe conformar una Comisión de Apertura, que estará conformada por tres profesionales designados por la Máxima Autoridad de la entidad convocante.

La Comisión de Apertura recibirá las ofertas en el día, hora y lugar indicados en la convocatoria de la licitación. En el acto de apertura se levantará un acta en la que se dejará constancia de quienes presentaron la oferta; de los antecedentes recibidos; de cuáles fueron rechazados, por contener omisiones esenciales; y de las observaciones que formulen los licitantes.

En el mismo acto se procederá solamente a abrir el sobre N°1 y a verificar si se han incluido todo lo solicitado en las bases de la licitación. Las ofertas que no contengan todos los antecedentes requeridos serán rechazadas. No se aceptará bajo ninguna forma que los oferentes entreguen documentos faltantes de los solicitados en las bases o se reemplacen los rechazados. Una vez determinado por la Comisión de Apertura las ofertas que cumplan con los requisitos señalados en las bases para el sobre N° 1, los sobres 1 y 2 serán firmados y sellados por los integrantes de la Comisión de Apertura y permanecerán en custodia sin abrir. No se aceptará ninguna oferta o contraoferta después de iniciado en acto de apertura. La apertura de las ofertas económicas se efectuará en la fecha, hora y lugar estipulados en las bases de la licitación, a la que podrán asistir los licitantes seleccionados.

A la oferta que resultare más conveniente y económica para los intereses nacionales se le adjudicará el contrato, por medio de la máxima autoridad de la entidad u organismo, mediante una resolución debidamente motivada. El resultado de la licitación debe ser comunicado a todos los oferentes.

- Celebración del contrato: dependiendo de la naturaleza del ente convocante en la Resolución de Adjudicación, se hará constar en la autorización para que la máxima autoridad de la entidad correspondiente pueda suscribir el contrato en su representación. Dentro del plazo de noventa días, contados a partir de la fecha de adjudicación, el adjudicatario deberá constituir una sociedad comprometida en la oferta, de nacionalidad ecuatoriana, con quien se celebrará el contrato. Su objeto social, monto de capital, composición accionaria y demás características serán las determinadas en las bases de la Licitación y en los artículos 170 al 172 del Reglamento de la Ley de Modernización, y tendrá una duración de por lo menos cinco años más al período de vigencia de la concesión.

Si no se constituye la sociedad concesionaria o no se suscribe el contrato por motivos imputables al concesionario, dentro del plazo fijado en las bases, el concedente declarará fallida la concesión mediante un acto administrativo de la misma naturaleza del que se otorgó la concesión, en la que se establecerá la pérdida del derecho adjudicatario, haciendo efectivas a favor del ente convocante, las garantías vigentes; y, de convenir a los intereses institucionales, adjudicará a quien hubiese resultado en segundo lugar de prelación, el cual tiene el plazo de quince días hábiles para aceptar la adjudicación y constituir las garantías, en la misma forma y monto que el adjudicatario original. En caso de que el segundo oferente no acepte o no constituya las garantías en el plazo indicado, se deberá proceder a nueva licitación. (Art. 174 del Reglamento de la LME). El efecto jurídico de no suscribir el contrato será la adjudicación fallida, que deberá ser inscrito como tal en el Registro pertinente a cargo del actual Instituto Nacional de Contratación Pública. Pero, si el ente concedente se niega a firmar el contrato, el adjudicatario podrá acudir ante el Tribunal competente, deducir la acción de lesividad, pues, con esto podrá exigirle al concedente a que firme el contrato, ya que como adjudicatario ostenta derechos de suscripción del contrato.

CAPITULO II

EL SERVICIO PÚBLICO DEL AGUA POTABLE

2.1. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO

2.1.1. Definición

Durante años se ha intentado definir y precisar el concepto de servicio público domiciliario, sin que se llegue a un resultado positivo; se han desprendido varias definiciones debido a la variedad de significados que pueden tener los términos que entraña la expresión.

Los servicios públicos domiciliarios se encuentran íntimamente vinculados al *fin último* del Estado, que es el *bien común*, ya que involucran una prestación permanente contemplada en la Ley, por medio de la cual, la Administración Pública, por sí misma o por medio de delegación a terceros, satisface necesidades básicas concretas de bienestar y salubridad de la población, encaminadas al *buen vivir* o *sumak kawsay*, bajo principios de *obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad, calidad y a tarifas equitativas*.²¹

En ciertos casos, se considera al servicio como un organización de medios o una actividad o función estatal, mientras que público, según las tendencias doctrinales, puede considerarse a la condición del sujeto titular (sujetos de Derecho público); o las facultades

²¹ *Obligatorio*: su prestación debe ser realizada de forma obligatoria, ya que constituye una garantía constitucional del usuario el acceso a ella; *General*: debe ser prestado para todos los usuarios; *Uniforme*: la prestación del servicio debe ser brindada a todos por igual, sin discriminaciones o privilegios; *Eficiente*: en pro de un servicio de calidad que satisfaga las necesidades básicas de los usuarios de forma oportuna; *Responsable*: debe ser prestada bajo estándares de calidad y bajo políticas que beneficien al usuario, con la determinación de responsabilidades legales a los funcionarios en caso de que no lo hagan; *Universal*: busca que el servicio se extienda a toda la colectividad; *Accesible*: todos los usuarios deben tener acceso al servicio, sin importar su condición económica; *Regular*: que se preste el servicio siempre bajo el amparo de la ley y de manera constante; *De Calidad*: con lo que se busca alcanzar una mejor calidad de vida y un servicio óptimo; *Continuo*: que debe ser prestado de manera permanente y sin interrupciones injustificadas.

jurídicas empleadas por el poder público; o al fin al cual está dirigido el servicio (fin público); o a los usuarios del servicio (el público). Por su lado, “domiciliario” se refiere al lugar donde se recibe la prestación del servicio, que puede ser en el domicilio o lugar de trabajo del usuario.

El Diccionario de la Lengua Española define al servicio público como la *“actividad llevada a cabo por la Administración o, bajo un cierto control y regulación de esta, por una organización, especializada o no, y destina a satisfacer necesidades de la colectividad.”*²²

Para Nicolás Granja Galindo el servicio público *“consiste en toda actividad directa o indirecta de la Administración pública, regulada por la Ley, cuyo objetivo esencial es la satisfacción continua de las necesidades, a favor de la colectividad.”*²³

En suma, los servicios públicos domiciliarios son el conjunto de actividades o medios, prestados directamente en el domicilio del usuario o donde desarrolla su actividad, que es una de las justificaciones de la razón de ser del Estado, ya que están encaminadas a la satisfacción de necesidades públicas o de interés comunitario, las cuales deben estar tipificadas en la ley y tuteladas por la administración pública. Son susceptibles de ser administradas o ejecutadas por la administración central o por medio de la intervención del sector privado, con la respectiva fiscalización estatal.

2.1.2. Elementos Constitutivos del Servicio Público Domiciliario.

²² REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, Diccionario de la Lengua Española, tomo 9, 22^o edición, Editorial Rotapapel, S.L., España, página 1396.

²³ GRANJA Galindo, Nicolás, Fundamentos de Derecho Administrativo, cuarta edición, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2000, página 121.

A diferencia de los servicios públicos, que son todas aquellas actividades realizadas por la administración pública directamente o a través de terceros, destinados a satisfacer necesidades colectivas, los servicios públicos domiciliarios específicamente son todos los servicios públicos esenciales, prestados directamente en los domicilios o lugar de trabajo de los consumidores, tales como el servicio de energía eléctrica, la telefonía convencional y el agua potable, bajo la regulación, control y vigilancia del Estado, a cambio del pago de una tarifa previamente establecida.

Los elementos constitutivos de estos servicios son:

- 2.1.2.1. Prestación:** es la realización concreta y objetiva que se materializa en la acción o ejecución de todas las gestiones que se efectúen para la satisfacción de una necesidad colectiva. La prestación incluye las distintas actividades que permiten al usuario el goce pleno de los servicios, dentro de los cuales se encuentra la ejecución de obras, la gestión técnica, de operación y mantenimiento, administrativa, comercial y financiera de la entidad prestadora, de inversión, entre otras actividades.
- 2.1.2.2. Realizada por la Administración Pública:** Se considera servicio público ya que la prestación del mismo está a cargo o le compete al Estado, independientemente si la ejecución o prestación se halla en manos del Estado directamente o de un tercero.
- 2.1.2.3. Ejecución directa o indirecta:** La administración pública puede ejecutar la prestación de los servicios públicos a través de su administración directa, o indirectamente, mediante delegados, los mismos que prestan los servicios de la administración a través de la concesión, licencia, autorización u otras figuras jurídicas, bajo el control de la administración pública.
- 2.1.2.4. Satisfacción concreta:** La prestación del servicio debe realizarse de manera real, sea que el servicio lo preste el Estado directamente o a través de un tercero. El abastecimiento del servicio a los usuarios debe ser oportuno, concreto y efectivo.

2.1.2.5. Necesidad Colectiva: Se debe satisfacer una necesidad colectiva, es decir aquella en la que predominen los intereses generales de toda la comunidad. Se suele señalar que toda actividad del Estado que satisface una necesidad colectiva es un servicio público.

2.1.2.6. Continuidad del servicio asegurado por el poder público: El Estado debe asegurar la prestación de los servicios públicos de manera regular y continúa. Esto es indispensable para evitar cualquier arbitrariedad o abuso en la prestación de dichos servicios.

2.1.3. Características Jurídicas

Entre los servicios públicos domiciliarios que el Estado debe proporcionar a la colectividad, con el fin de garantizar el *buen vivir* y promover la soberanía alimentaria, se encuentra el servicio público del agua, cuyo acceso se encuentra reconocido en la Constitución como un *derecho humano fundamental e irrenunciable*. La administración pública tiene la potestad de decidir si la prestación del servicio lo ejecuta directamente o indirectamente, delegándola a una compañía de economía de economía mixta o excepcionalmente a la iniciativa privada o una economía popular y solidaria, lo importante es que se garantice a la colectividad el acceso a un servicio *igualitario, seguro, continuo, de calidad, obligatorio, regular y con tarifas equitativas*. En caso de que se atente contra esta garantía constitucional, el Estado tiene la obligación de tomar todas las medidas necesarias que impidan la vulneración de este derecho, y de ser el caso, las personas o entidades que presten éstos servicios serán responsables civil y penalmente por la deficiencia del servicio, debiendo indemnizar a los usuarios afectados, pudiendo ejercer el derecho de repetición contra el o los funcionarios responsables.²⁴

²⁴ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 54.

Las características jurídicas de los servicios públicos domiciliarios, para Dromi, son las *“las notas especificadoras que definen la prestación en relación al usuario, y ayudan a individualizar esta forma de actividad. Son datos de identidad”*²⁵. Y éstos son:

2.1.3.1. Igualdad: Frente a la ley todos los administrados somos iguales, por lo que el servicio público domiciliario, debe ser proporcionado para todos, sin excepciones y de forma uniforme, sin discriminaciones o privilegios. Como consecuencia de esta característica, el pago del usuario por el servicio recibido, debe ser también igual, teniendo en cuenta las clases o categorías de usuarios que el servicio pueda contemplar.

2.1.3.2. Continuidad: va enfocado a que el servicio público domiciliario debe ser prestado de manera oportuna y permanente, sin paralizaciones ni suspensiones no justificadas técnica o legalmente, que puedan afectar los derechos de los usuarios. De esta característica emergen algunas consecuencias:

- Imposibilidad de realizar huelga y paralizar el servicio; sólo se podrán suspender parcialmente sus labores y servicios veinte días después de declarada la huelga, plazo que será contado a partir de la fecha de notificación al empleador o representante. La obligación de los huelguistas no es la de suspender el servicio, sino la de prestarlo mínimamente durante el lapso de tiempo de la huelga, tal como lo manifiesta el artículo 326, numeral 15 de la Constitución, que trata sobre los principios en los que se sustenta el derecho al trabajo. Se debe resaltar que en el caso de la prestación del servicio público del agua en Quito, el organismo encargado de la prestación del servicio es la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, EMAAP-Q, en el cual confluyen las funciones de órgano prestador, controlador y regulador. Esta simbiosis genera más confusión de prerrogativas que necesariamente debe desagregarse a fin de

²⁵ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad de Argentina, 9° edición, Buenos Aires, 2001, página 702.

que en distintos ámbitos de competencia, tales funcionarios sean ejercidos por órganos independientes.

- Imposibilidad de que se embarguen los bienes de propiedad del servicio público, por cuanto si llegaran a ser embargados se rompería con este principio de imposibilidad de suspensión de los servicios.

2.1.3.3. Regularidad: para el buen funcionamiento del servicio público domiciliario debe estar conformado de acuerdo a la ley que lo rija, su reglamento, estatuto u ordenanza, también indica el ritmo o constancia con que se presta el servicio, que deberá ser de forma permanente. Mediante la regularidad se pone fin a la arbitrariedad y anarquía del servicio público. Actualmente, con la futura vigencia de la Ley de Empresas Públicas, el marco regulador de los prestadores del servicio será homogéneo para todos los que lo hacen, sea directamente o mediante delegación.

2.1.3.4. Obligatoriedad: la prestación con la que se brinde el servicio debe ser de manera obligatoria, siendo también un derecho subjetivo del usuario. Sin embargo, para el administrado no es obligación utilizar el servicio, excepto cuando el Estado así lo determine. Este carácter se funda en la obligación del Estado de tutelar el interés público y brindar satisfacción a los administrados. Constitucionalmente, ahora el acceso al agua está consagrado como un derecho fundamental, por lo que el Estado es quien debe garantizar que todos los ciudadanos tengan acceso a él, pagando una tarifa equitativa y diferenciada.

2.1.3.5. Adaptabilidad: se emplea este carácter en los casos en que el servicio público domiciliario está concesionado, debiendo el concesionario adaptarse a las necesidades del público, lo cual implica mejoramiento continuo organizacional.

2.1.3.6. Calidad y eficiencia: por medio de estos dos caracteres, lo que se pretende es que mediante servicios de calidad, instrumentando mecanismos de eficiencia y eficacia en la prestación del servicio.

2.1.3.7. Subsidiariedad: esta característica puede manejarse desde el punto de vista de la subsidiariedad en el cobro de la tarifa, que asume el Estado. Toda persona tiene derecho a acceder permanentemente a una cantidad mínima de agua para atender sus necesidades básicas y de uso doméstico, la cual estará subsidiada por el Estado; el exceso se pagará según la tarifa que el prestador del servicio determine, previamente aprobada por la autoridad competente.

2.1.4. Clasificación

Entorno a la clasificación de los servicios públicos existen distintas maneras de agruparlos, dependiendo del criterio que se persigue, de la voluntad administrativa, del fin que los inspira, del operador que los preste, o del colectivo beneficiado.

La doctrina, entre ellos Dromi, Sarmiento y Granja, clasifican a los servicios públicos en propios e impropios. Los propios son los que se ejercen de forma directa por la administración pública (Estado o particulares en nombre del Estado), por medio de toda acción o prestación que conlleve a satisfacer concretamente las necesidades colectivas. Los impropios, en contraposición, son aquellos prestados por los particulares por delegación o autorización de la Administración Pública, sujetos a un régimen administrativo, que asegura la continuidad, certeza y uniformidad del servicio.

Siguiendo una clasificación más minuciosa, Nicolás Granja Galindo en su obra "Fundamentos de Derecho Administrativo"²⁶, los resume de la siguiente manera:

²⁶ GRANJA Galindo, Nicolás, Fundamentos de Derecho Administrativo, cuarta edición, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2000, página 124, 125 y 126.

- *Servicios públicos directos: son todos aquellos servicios públicos que son prestados por la misma administración pública. Por ejemplo: la luz, el agua, el alcantarillado.*
 - *Servicios públicos indirectos: por el contrario, los servicios públicos son prestados por los concesionarios. Por ejemplo: la concesión efectuada en Guayaquil del agua y alcantarillado delegada a un agente privado, entre otros casos.*
 - *Servicios públicos generales: son los que se prestan con el fin de proteger a la colectividad entera de un Estado; pueden ser todos los servicios públicos domiciliarios, la seguridad social, servicios notariales.*
 - *Servicios públicos esenciales: son aquellos que justifican la razón de ser de la administración pública, ya que su uso resulta imprescindible para el desarrollo de toda la colectividad, como la salud, la educación, los servicios públicos domiciliarios.*
 - *Servicios públicos secundarios: son aquellos cuya especialización está determinada por la conveniencia de la colectividad y necesidades espacio-temporales, tales como telefonía celular, concesión del mantenimiento de vías, etc.*
 - *Servicios públicos obligatorios: son todos aquellos servicios públicos cuyo uso se encuentra impuesto por la colectividad en razón del interés social, tales como el gas doméstico, el agua potable, seguridad social, educación, salud.*
 - *Servicios públicos facultativos: son aquellos cuyo uso es fruto de una libre aceptación, tales como la telefonía celular, el servicio de Internet, los servicios de televisión y radio.*
 - *Servicios públicos estatales y locales: son aquellos que dependen de la persona administrativa que los realiza, por lo que pueden ser provinciales (peajes y carreteras) y municipales (recolección de basura, servicios de transporte terrestre y terminales, agua potable, de rastro, entre otros).*
-

2.1.5. Formas de Prestar los Servicios Públicos Domiciliarios

Tanto la doctrina administrativa como la normativa vigente de cada legislación han establecido y diferenciado las formas en las que el servicio público domiciliario puede ser prestado a los usuarios. En nuestra legislación, los artículos 315 y 316 de la Constitución Política señala que la prestación de los servicios públicos puede ser ejecutada de forma directa por la Administración, a través de empresas públicas; o de forma indirecta por medio de delegación de la participación a compañías de economía mixta, en las que el Estado tenga la mayoría accionaria del capital; y, de forma excepcional en los casos que determine la ley, podrá delegarlas a la iniciativa privada, las economías populares y solidarias. En concordancia, el artículo 41 de la Ley de Modernización del Estado sostiene de igual forma que la prestación de los servicios públicos domiciliarios podrá ser delegada a compañías de economía mixta o a los entes privados.

2.1.5.1. Administración Directa o Gestión Pública

Es la misma administración pública la que organiza los servicios que van a satisfacer las necesidades públicas, para lo cual utiliza las prerrogativas del poder público y las ventajas que le proporciona, por su propia cuenta. En nuestra legislación, *“El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.”*²⁷

Este tipo de gestión se manifiesta en dos modalidades: a) la gestión pública centralizada y b) la gestión pública autónoma. En la gestión pública centralizada el servicio se presenta por una dependencia de la administración pública, la que concreta y se reserva todo poder de dirección y gestión. En la gestión pública autónoma, en cambio, el poder público descentraliza el servicio reconociéndole autonomía jurídica, administrativa y financiera.

²⁷ Constitución de la República del Ecuador, Art. 313.

En suma, la administración directa es una parte de la función administrativa, constituida por un conjunto de actos encaminados a contribuir al bienestar y satisfacción de determinadas necesidades que pueden variar con el tiempo y las circunstancias, que básicamente se agrupan en económicas y culturales.

2.1.5.2. Administración Indirecta o Gestión Privada

En este tipo de gestión, la administración pública organiza los servicios que tiendan a satisfacer las necesidades públicas, pero no las presta, sino que delega esa función a los particulares. La administración ya no utiliza para esta gestión las prerrogativas del poder público y las ventajas que le proporcionaba la administración directa, sino que generalmente determinan el marco regulador con el que el particular habrá de prestar el servicio.

2.1.5.3. Gestión Mixta.

Es una forma de colaboración particular que se ha introducido en la Administración como figura de Derecho Privado en beneficio del Derecho Público. Su ventaja es la de aportar capitales privados a empresas públicas, interesando a los particulares en la obra de la administración. Tiene como efecto unir en la administración el control externo, ejercido de cerca de los particulares, con el control interno, desarrollado dentro de la entidad. La Codificación de la Ley de Compañías en su artículo 310, faculta a las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público integrar el capital de una compañía de economía mixta, por medio de un aporte en numerario, bienes, así como mediante la concesión de la prestación de un servicio público por un período determinado, siendo este tópico de enorme importancia, pues la valoración de la concesión es la que determina el valor del negocio y más implicaciones económico financieras en la gestión del servicio.

2.2. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DEL AGUA POTABLE

2.2.1. Bien Jurídico Protegido

El agua como líquido vital y recurso natural limitado es causa de numerosos conflictos sociales y a futuro constituirá la razón de las guerras entre países por el acceso al agua. La actual crisis hídrica, que tiene todos los visos de agudizarse, tiene su origen en la superpoblación, la evolución del consumo alimentario, las necesidades energéticas y en el cambio climático; desde el año 1990, las principales fuentes de agua dulce renovable, los humedales se han reducido en un 50%.²⁸ La deficiente gestión de los recursos hídricos y su injusta distribución agranda el problema. De los actuales 6.500 millones de personas en todo el planeta que no tienen acceso al agua, para el 2050 se convertirán en 9.000 millones y, a ese ritmo, la demanda de agua aumentaría también a 64.000 millones de metros cúbicos al año, según la ONU. Esta situación agudizará la competencia entre los diferentes usos del agua, con la agricultura en cabeza (70%), seguida por la industria (20%) y las necesidades domésticas (10%).²⁹

Por todo esto, el agua no solo tiene gran importancia a nivel local de cada Estado, sino que su importancia gira a nivel mundial, es por ello que la comunidad está buscando y adoptando medidas que garanticen a los individuos el acceso al agua para el desarrollo de las necesidades básicas, tanto en cuanto destinadas a proteger al líquido vital, como a impedir que se extinga. Esa es la razón por la que, ciertamente el carácter estratégico del agua es incuestionable.

²⁸ RIEGO, Pilar, ¿El agua derecho o necesidad?, www.vegamediapress.es/noticias/index, 29 de marzo de 2009.

²⁹ El V Foro Mundial del Agua busca soluciones al aumento de la demanda del preciado líquido, www.consumer.es/web/es/medio_ambiente/2009/03/16/184056.phpwww.consumer.es, 16 de marzo de 2009.

Cada tres años se celebra un Foro Mundial del Agua (World Water Council), que es una reunión en la que participan jefes de estado y de gobierno, representantes técnicos y ministeriales de diversos países, empresas y ONG's de diversa índole (tanto a favor como contrarias al Foro) para discutir diferentes temas en relación con el agua: desde la gestión de los recursos al calentamiento global, pasando por soluciones a la desecación de los ríos, la construcción de presas, etc. Este foro está organizado por el Consejo Mundial del Agua, es que una organización independiente, formada por expertos en temas hídricos, orientados a buscar soluciones a los problemas globales relacionados con el agua. Su financiación la reciben de la ciudad de Marsella, donde se encuentra su sede; y de donaciones altruistas, entre las cuales se incluyen la de grandes compañías multinacionales como: el Banco Mundial, la Price WaterhouseCoopers, Mitsubishi, Evian, y otras. El primer foro se realizó en el año de 1997 en Marrakech, el segundo se realizó en el 2000 en La Haya, el tercero se realizó en el 2003 en Kyoto, y cuarto fue realizado en el 2006 en México.

En marzo del 2009 en Estambul se llevó a cabo el V Foro Mundial del Agua, en el cual la ONU propuso establecer el acceso al agua como un Derecho Humano, que fue apoyado por países como Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Ecuador, Guatemala, México, Uruguay y Venezuela, incluidas más de 300 organizaciones de más de 40 países de todo el mundo.³⁰ Sin embargo, esta propuesta no pudo concretarse y es así, que la declaración ministerial resolvió considerar al agua como una Necesidad Básica o Derecho Básico, que como lo expresa el Vice Ministro de Turquía: "la causa es que el agua cuesta dinero, por eso no se ha declarado derecho humano, ya que (esta declaración) podría crear problemas".³¹ Lo que nos induciría a pensar que al ser el agua una necesidad básica es susceptible de ser satisfecha por medio de prestaciones económicas.

³⁰ ERROZ, Patricia, El Consejo Mundial del Agua defiende que el agua es un bien "imprescindible" a pesar de la crisis económica, www.europapress.es/epsocial/politica-social/noticia, 19 de marzo de 2009.

³¹ RIEGO, Pilar, ¿El agua derecho o necesidad?, www.vegamediapress.es/noticias/index, 29 de marzo de 2009.

Nuestro país, según estadísticas de la Secretaría Nacional del Agua, se ha visto beneficiado en cuanto a que cada habitante puede disponer aproximadamente de cuatro veces más agua que el promedio mundial. Las políticas adoptadas en cuanto al manejo del agua con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, sitúan el acceso al agua como un Derecho Humano, convirtiéndose en el bien jurídico a protegerse. El artículo 12 del cuerpo constitucional dice: **“El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.”** (Lo subrayado es fuera de texto)

En tal virtud, constituye un Derecho Humano fundamental e irrenunciable ya que el Estado garantizará sin discriminación alguna el acceso al servicio público del agua de calidad y suficiente, que permita satisfacer las necesidades básicas, incluida la soberanía alimentaria y el derecho a la salud, bajo los principios de *obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad y continuidad.*

De igual forma, es un Derecho Humano ya que el derecho al agua para uso doméstico y de riego, no podrán ser vulnerados, ni superpuestos para alcanzar las actividades productivas, tales como la soberanía energética, la explotación petrolera, la generación de la hidroelectricidad o el cultivo de biocombustibles. También es un derecho humano porque las personas tienen derecho a acceder y disponer de servicios públicos de óptima calidad, a elegirlos libremente y a estar informados sobre sus características, con lo que también se relaciona al agua con el derecho a la salud.

Siguiendo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución, se dice que es un bien público y por lo tanto de todos; considerada un *sector estratégico de uso público*, gracias a su trascendencia y magnitud, en el campo económico, social, político y ambiental; de *dominio inalienable*, al no ser susceptible de enajenación o privatización en ningún caso;

imprescriptible, en cuanto a que nadie podrá interponer acciones de dominio para apropiarse de ella; *inembargable*, ya que no podrá ser embargado por ningún concepto; y, *esencial para la vida* de los individuos y la satisfacción de sus necesidades básicas como bebida, alimentación, aseo personal, limpieza, entre otras.

De forma similar que la Constitución Política de 1998, se garantizará el acceso al servicio público del agua por medio de *tarifas equitativas*, que presentan estrecha relación con el principio de subsidiariedad, el cual consiste en que el Estado subsidia un consumo de agua mínima, que sea destinada a atender solo las necesidades básicas y de uso doméstico, pero por encima de esta cantidad, toda el agua consumida pagará la tarifa que el prestador del servicio determine, previamente aprobada por la autoridad competente. Surge una innovación en cuanto al establecimiento de las tarifas se, pues se lo hace por medio de un tratamiento diferenciado (no igualitario), en relación con el destino del agua y de acuerdo a la renta diferencial del suelo, dependiendo de la productividad de cada zona, lo cual permitirá lograr *relaciones equitativas* entre los usuarios del agua. A la par, todas aquellas personas que justifiquen su calidad de extrema pobreza serán absueltas de toda deuda por consumo de agua.

“El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia”³², dando paso a que el Estado los provea directamente, mediante la creación de empresas públicas, o por medio de la delegación de la prestación del servicio a compañías de economía mixta, en donde posea la mayoría accionaria, y de forma excepcional a la iniciativa privada, economía popular y solidaria, teniendo en cuenta el *interés nacional*, el cumplimiento de los plazos y límites fijados en la ley.

³² Constitución Política, artículo 313.

La actual Constitución tiene un mayor énfasis en cuanto establecer los derechos del ser humano, pero también incorpora los de la naturaleza. El agua, al ser un sujeto de derechos, tiene la garantía de ser respetada íntegramente en su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales. La protección del agua radica en el Estado, los usuarios y las comunidades, que son quienes deben respetarla y preservar un ambiente sano. En caso de que se atente grave o permanentemente con ella, será obligación del Estado de establecer los mecanismos adecuados para alcanzar su restauración, eliminar y mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Los artículos 14 y 71 de la Constitución vigente respectivamente señalan:

“Art. 14.- Se reconoce el derecho de población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay.”

“Art.71.- La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente sus existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.”

“El Estado garantiza la conservación, recuperación, manejo integral de los recursos hídricos y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico”.

Por medio del Decreto Ejecutivo N° 1088, de 15 de mayo de 2008, publicado en el Registro Oficial N° 346, de 27 de mayo de 2008, se creó una autoridad única del agua, la Secretaría Nacional del Agua (SENAGUA), que viene a sustituir al Instituto Nacional de Meteorología (INAMHI), responsable de la planificación, regulación y control del agua, encargada de cuidarla y distribuir equitativamente, por medio de políticas conducentes a fomentar criterios de preservación, conservación, ahorro, reparación y uso sustentable del agua. Empleará un proceso de gestión integrada del uso del agua y desconcentrada, a través de cuencas hidrográficas.

La SENAGUA actualmente está trabajando por promover el Diálogo Nacional del Agua y obtener una nueva Ley de Aguas, que permita que los preceptos constitucionales se adapten y plasmen en la normativa ecuatoriana.

2.2.2. El Servicio Público del Agua Potable en Quito³³

En un análisis histórico sobre la concepción del servicio público del agua en Quito, nos situaremos primero en sus antecedentes desde la Época Colonial, siguiendo por la Época Republicana hasta la actualidad, con el fin de mirar la importancia, manejo y políticas empleadas en cuanto a la prestación del uso del servicio público del agua en Quito.

En el lapso comprendido entre 1534 hasta 1830 (Época Colonial), es cuando se comienza a establecer normas que regulen el uso del agua. El Cabildo fue la institución encargada de disponer sobre la repartición de tierras, solares, estancias y el aprovisionamiento del agua. Quito era un grupo poblacional en crecimiento, ciertas lagunas estaban en desecación, por lo que se adoptaron medidas para la creación de puentes, el relleno paulatino de quebradas y la explotación de canteras al pie del Pichincha, que consecuentemente nos situó en un proceso de urbanización.

En 1535, el Cabildo, como ente controlador y regulador del aprovisionamiento del agua, tuvo la potestad de legislar sobre el uso de las aguas provenientes del Pichincha y las embalsadas en las lagunas. Tomaba la decisión sobre la distribución de las fuentes de agua de la ciudad, mediando entre los intereses de la población, por medio de un Alcalde de Aguas (encargado de la limpieza y mantenimiento de los canales, cuidado de los cauces e imposición de sanciones).

El uso principal del agua fue destinado para el sistema agrario, específicamente para el riego, por ser la fuente de desarrollo económico de una época fisiocrática y con relaciones precapitalistas de producción gracias al mercantilismo. En cuanto a la utilización pública del agua, las acequias fueron destinadas a ser utilizadas como lavaderos de ropa; dado el

³³ Referencia histórica tomada de la página de internet: www.emaapq.com.ec

caso de que algún cauce o canal fuese desviado, el Alcalde de Aguas era el encargado de imponer una sanción, que podía ser monetaria (en caso de ser un español) y física (en caso de ser un indígena, negro o mulato). El uso doméstico del agua, fue provisionado por los mitayos o también conocidos como aguateros, que recolectaban el agua de las pilas y posteriormente almacenado en las casas.

Iniciada ya la Época Republicana (1830-1960), las prioridades municipales en cuanto al manejo del aprovisionamiento del agua fueron encaminadas enfáticamente en lograr una mejor higiene y salubridad. El uso cotidiano del agua por parte de los pobladores continuó igual, tan solo que evidencia el empleo del río Machángara como un nuevo lavatorio.

El Cabildo, por el crecimiento poblacional, creó un nuevo cuerpo normativo que buscaba solucionar los problemas de limpieza, higiene, salubridad y ornato. Se crea la figura del Inspector de Aguas o también conocido como Juez de Aguas, bajo el mandato del Comisario. A su vez, el Inspector de Aguas, tenía a su cargo cuatro Aguadores, dos en la ciudad y dos en Pichincha, cuyo objetivo era cuidar la acequia principal y notificar sobre posibles infracciones.

Para 1906, Quito comienza su época de modernización y grandes transformaciones, como en el caso de la prestación de nuevos servicios urbanos, también se inicia la expedición de regulaciones gubernamentales para la prestación del servicio público del agua reflejado en cuerpos normativos (decretos y ordenanzas municipales).

El Municipio en un primer enfoque estableció la creación de impuestos que permitan la obtención de recursos financieros, por ejemplo desde 1903 hasta 1906, el Municipio gravó el impuesto al consumo de aguardiente o por cada kilogramo de cuero que se comercializaba a las diferentes provincias. Posteriormente, el Municipio logró gravar en un 5% de los derechos de importación por las Aduanas Marítimas de la República. Con lo

recaudado, se logró financiar el estudio del aprovisionamiento de agua y canalización de Quito.

El 19 de mayo de 1906 se declaran obras nacionales y de beneficencia las de agua potable y canalización de Quito. De igual forma, se crea una institución encargada desde entonces del manejo del aprovisionamiento del agua llamada la Junta de Agua Potable y Canalización de Quito, conformado por miembros del Municipio de Quito, por el Ministro de Obras Públicas y por 11 ciudadanos, elegidos por el Ministro.

En 1908 la mencionada Junta elige de entre otros oferentes, al Ing. Guillermo Schoeter, representante de la casa Mannesman, con quien celebra el primero contrato para la construcción de la primera planta de agua potable que tendría la ciudad. El Congreso Nacional, para el año de 1915, decreta que el Concejo de Quito asuma el servicio de agua potable. Durante 1952 se marcó el inicio de la modernización del sistema de agua potable en Quito, por un lado el Cabildo Quiteño expidió una ordenanza que reglamentó el consumo de agua potable en la ciudad y en las parroquias del cantón, decretando al agua propiedad del Cabildo, siendo su uso público. Por otro lado, el 25 de abril de 1952 se contrata con la firma Harold T. Smith, Inc., de Estados Unidos, para dar mantenimiento y la operación del sistema de agua potable en la ciudad. Posteriormente, la firma aconseja al Consejo Municipal de Quito la necesidad de establecer tarifas que produjeran suficientes ingresos para la dotación y mantenimiento del servicio, es así, como para 1953 se fijó que toda persona que desee acceder al servicio en su casa o predio, debía pagar mensualmente una tarifa. En el caso de que el usuario no cumpliera con el pago, la Tesorería Municipal tenía potestad para exigir el pago vía coactiva; y en caso de que la mora sea por más de tres meses, se presumía que el propietario del predio no deseaba continuar con el servicio.

Los proyectos creados para cubrir la demanda del servicio de una población en crecimiento, se centraron en la captación de vertientes o aguas subterráneas ubicadas

dentro del perímetro urbano, para luego ser tratadas y distribuidas hacia grifos situados en el interior de las viviendas o en espacios higiénicos municipales. Dentro de los proyectos que más resaltaron en esta época fueron:

- El Proyecto de la Chorrera del Pichincha, Las Llagas y El Atacazo, que consistía en la conducción del agua de estas zonas hacia una Planta de Purificación, llamada El Placer;
- Utilización de la fuente de El Sena, que permitió solucionar los problemas de escasez del agua;
- Creación de grifos, lavanderías y baños de uso público;
- Búsqueda de nuevos cauces de agua, para enfrentar la demanda del líquido vital;
- Creación del proyecto “Zona Sur” (1950-1957), creada para cubrir las necesidades de abastecimiento de agua potable en el sur de la ciudad.
- La práctica de relleno de quebradas continuó, lo que dio paso al surgimiento de nuevos barrios, tales como, la Avenida 24 de Mayo, La Mariscal, La Magdalena, El Panecillo, La Carolina y el aeropuerto Norte.

Dentro del ámbito del uso cotidiano del agua, las nuevas tecnologías implementadas permitieron a los ciudadanos tener mejores prácticas de higiene. El hecho de contar con servicios higiénicos públicos fomentó la práctica del baño con más frecuencia. Las familias pudientes contaban ya con piedras de lavar, grifos y bombas de aguas en sus casas, que les permitía desarrollar necesidades básicas de alimentación, aseo personal, lavado de la ropa y jardinería.

En cuanto al uso público del agua, a mediados del siglo XX, Quito cuenta con el servicio particular de baños de agua caliente, que eran duchas instaladas dentro de un espacio amplio, que extraía el calor por medio de tuberías provenientes de una cocina de leña. De

igual forma, se crean centros de recreación donde habían piscinas para el entretenimiento de los ciudadanos, como son El Tingo, Alangasí, La Merced y Tesalia.

El 13 de junio de 1960, por medio de la Ordenanza Municipal N°932, se crea la “Empresa Municipal de Agua Potable” (EMAP), administrada por el Directorio, que estaba compuesto por cinco miembros: el Alcalde, el Presidente de la Comisión de Agua Potable del Concejo, el Director Financiero, el Procurador Síndico Municipal y un miembro de alguna de las Cámaras de la Producción, elegido por el Alcalde.

La EMAP fue un organismo autónomo encargado de la administración y aprovisionamiento del agua a la ciudad y parroquias del cantón Quito, que con ayuda del gobierno local busca mecanismos de control de crecimiento urbano por medio del asesoramiento extranjero para la planificación. De igual forma, se crean representaciones de los sectores periféricos, llamados los Comités Barriales, quienes impulsan la creación de proyectos que permitan la dotación del servicio hacia esos sectores. Sus objetivos, entre otros, fueron: la prestación del servicio del agua potable, la investigación de nuevas fuentes de provisión de aguas y la protección de las fuentes hídricas que abastecen a Quito. Es entonces que se inicia un largo proceso de formulación de proyectos, búsqueda de recursos y asesoramiento internacional, concretamente reflejado en la puesta en marcha del sistema Pita Tambo (1960-1977) y del Plan Maestro de Agua Potable (1988-2000). El 26 de julio de 1983, la Ordenanza Municipal N° 2270, publicada en el Registro Oficial N° 580, de 16 de septiembre de 1983, faculta la constitución de la “Empresa Municipal de Agua Potable de Quito”, debiendo utilizar las siglas “EMAP-Q”.

El 30 de diciembre de 1993, la Ordenanza Municipal N° 3057, publicada en el Registro Oficial N° 348, de 30 de diciembre de 1993, fusiona las empresas de agua potable y alcantarillado, resultando la “Empresa Municipal de Alcantarillado y Agua Potable de Quito, EMAAP-Q”, a fin de crear un marco de desarrollo en defensa del medio ambiente. Su objeto social incluye la prestación del tratamiento y recolección de las aguas servidas.

El 31 de diciembre de 1997, se expide el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito (R.O. N° 226), que integra las disposiciones la Ordenanza N° 3057. El 08 de mayo de 2002, la Ordenanza Municipal N° 65, publicada en el Registro Oficial N° 571, de 08 de mayo de 2002, precisa la denominación de la “Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito (EMAAP-Q).

2.2.2.1. La Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito

La Empresa de Alcantarillado y Agua Potable de Quito (EMAAP-Q) es una entidad de derecho público, con personería jurídica administrativa, operativa y financiera, regida por la nueva Codificación Ley del Régimen Municipal, la Ordenanza N° 3057 y las demás disposiciones legales pertinentes.

La EMAAP-Q tiene como misión y visión la prestación de un servicio público del agua potable de calidad y permanente, que responda a los intereses de la ciudadanía, cuente con sistemas de alcantarillado que permitan una correcta evacuación de los desechos, sin que se atente contra el medio ambiente, a cambio de obtener una rentabilidad social en sus inversiones, por medio de una administración transparente, que cuente con la participación de una ciudadanía bien informada de las gestiones que se realiza. Para cumplir con sus objetivos, la empresa tiene a su cargo el desarrollo, operación y mantenimiento de los sistemas de producción, distribución y comercialización de agua potable, la recolección de aguas lluvias y la conducción y tratamiento de aguas servidas.

Estructuralmente, la empresa cuenta con un órgano máximo de gobierno y administración que está en manos de un Directorio, presidido por el Alcalde de Quito, y de un Gerente General, quien es el que ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial de la empresa, además de ser el responsable de la gestión administrativa, técnica y financiera. Entre las atribuciones del Directorio constantes en la Codificación del Código Municipal,

se encuentra la posibilidad de otorgar concesiones a personas naturales y jurídicas para la ejecución de obras o la prestación de servicios que le atañen a la empresa. Empero, con la futura vigencia de la Ley de Empresas Públicas, la estructura de la empresa se modificaría, reduciéndose el número de miembros de una forma ostensible.

Las fuentes de ingreso que emplea la empresa para el desarrollo de su gestión son de carácter tributarias y no tributarias. La fuente no tributaria es la tarifa que paga el usuario a cambio de recibir la prestación del servicio de agua potable y el de alcantarillado. Esta tarifa debe fijarse teniendo en cuenta la autosuficiencia financiera de la empresa y la prestación de un servicio eficiente, por lo que debe atender al costo marginal de largo plazo y producir ingresos suficientes para cubrir la totalidad de los gastos de explotación de la empresa y las deudas contraídas. Con la Constitución vigente, que consagra como derecho humano el acceso al agua, el cálculo de la tarifa también deberá estar en relación con la capacidad de pago de los usuarios, en razón de un trato diferenciado (no igualitario), el destino del agua y de acuerdo a la renta diferencial del suelo, dependiendo la productividad de la zona.

El sistema de facturación es sectorial y cíclico. Sectorial ya que se fija una tarifa dependiendo de la zona donde se encuentra el predio, para ello se ha dividido a Quito en tres zonas – Parroquias Urbanas, Parroquias Suburbanas y Parroquias Rurales; es cíclico por cuanto se lo realiza mes a mes. Este sistema de facturación ha permitido a la EMAAP-Q mantener una estrecha relación con el consumidor, ya que se realiza la facturación gracias al registro del consumo de agua por medio de lecturas de los medidores o por estimación del volumen del agua, dependiendo a la zona. El tipo de facturación puede ser inmediato, para las Parroquias Urbanas y tradicional para las Parroquias Suburbanas y Rurales.

Desde agosto de 2000 hasta diciembre de 2008, las obras realizadas en agua potable y alcantarillado desarrolladas por la labor de la actual administración, equivalen al 40% de

lo realizado en toda la historia de la ciudad. Se ha invertido en su gestión alrededor de 825'333.890.80 dólares estadounidenses, que le han permitido servir a 2'139.620 habitantes del Distrito Metropolitano de Quito, de los cuales 2'096.847 es población servida con agua potable y 1'992.787 es población servida con alcantarillado. La cobertura que alcanza bordea el 98% en el caso de agua potable y 93% en el caso del alcantarillado, siendo un resultado positivo, si tomamos en consideración el gran crecimiento poblacional y urbano. Actualmente se cuenta con una construcción de 5.701,08 kilómetros de redes de agua potable y 5.467.30 kilómetros de redes de alcantarillado, que casi resulta ser el doble de kilometraje construido en administraciones anteriores.

Para lograr los niveles de excelencia a los que ha llegado actualmente, la EMAAP-Q ha debido emprender en una serie de proyectos, incluida la implementación de modernos sistemas informáticos, que han significado el mejoramiento de la atención al cliente. También hay que hacer referencia a la campaña educativa emprendida en los últimos años, tendiente a crear una nueva cultura sobre el cuidado del agua. Por sus grandes logros la empresa ha conseguido ser reconocida y premiada en diversas ocasiones, a nivel nacional, internacional y mundial.

CAPÍTULO III

LA PARTICIPACION DEL ESTADO EN UNA COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA

3.1. COMPAÑÍAS DE ECONOMÍA MIXTA

La función del Estado respecto a la empresa ya no se reduce a tareas de mero control o fiscalización, sino que, en determinados casos, por requerimiento del interés general de la nación, opera directamente en la explotación de ciertas áreas, la prestación de determinados servicios o la mantención de algunos comercios o industrias de especial significación para la economía del país.

Las compañías de economía mixta tienen origen gracias a una corriente de pensamiento que conceptúa necesaria la intervención del Estado en las actividades económicas de interés general, con la concurrencia del sector privado o particular, en aras de adoptar un *sistema intermedio* o “*sistema de colaboración híbrido*”, tal como lo denominaba Rafael Bielsa, por medio de la creación de este tipo de compañías.

3.1.1. Definición

Al referirnos a la compañía de economía mixta, el tratadista José Girón Tena, la define como “*aquella sociedad cuyo capital social está constituido por aportaciones de particulares y de colectividades públicas, correspondiendo su gestión y administración a personas privadas y a las colectividades públicas interesadas.*”³⁴ Dromi en forma casi similar, añade en su definición que “*la sociedad de economía mixta es la que forman el Estado y los particulares (personas físicas, jurídicas privadas o personas jurídicas públicas no estatales), para la explotación de actividades industriales o comerciales, servicios públicos u otra actividad de interés general y cuya administración se realiza mediante un órgano colegiado en el que están representadas las dos categorías de socios.*”³⁵

³⁴ GIRÓN Tena, José, Las Sociedades de Economía Mixta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Instituto Francisco de Vitoria, Editorial Samarán, Madrid, 1942, Página 29.

³⁵ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 9° edición, Editorial Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 2001, página 753.

La Codificación de la Ley de Compañías preceptúa en el artículo 308 que *“El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía”*, siempre y cuando su finalidad está centrada al desarrollo y fomento de la agricultura e industrias de la economía nacional, la satisfacción de necesidades colectivas y/o la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los que ya son prestados. Por su parte, la Ley del Régimen Municipal en el artículo 17 señala que *“la municipalidad podrá invertir recursos suyos para constituir, juntamente con aportes privados, compañías de economía mixta, para la prestación de nuevos servicios públicos o el mejoramiento de los ya establecidos, o en otras actividades que estuvieran de acuerdo con las finalidades del municipio”*.

En suma, las compañías de economía mixta son aquellas sociedades en las que participan de manera conjunta en la conformación del capital y de la administración de la misma, las entidades del sector público y privada, que serán sometidas en sus lineamientos generales al régimen del Derecho Privado, con finalidades de interés general.

3.1.2. Evolución Histórica³⁶

A partir de la I Guerra Mundial, con el apareamiento de constantes crisis económicas a nivel mundial, surgen y se difunden este tipo de compañías en los países europeos, especialmente en Alemania, Bélgica, Francia, Italia y Suiza, para luego extenderse a América Latina.

³⁶ RON Bautista, Fernando, Historia Mundial y Significado de las Compañías Mercantiles, Estudio Legal Societario Comparado, Quito, 1992, Páginas 232-237.

A finales del siglo XIX, en Bélgica y Alemania se fundaron importantes sociedades dirigidas a la prestación de servicios públicos con la participación tanto del sector público como del privado. Alemania es el país clásico de la economía mixta, la crisis de 1929 contribuyó a la difusión de éste tipo de empresa, con lo cual, el gobierno alemán pudo evitar la desaparición de varias empresas de interés público. La primera compañía de economía mixta fue la sociedad de Electricidad de Estrasburgo, fundada en 1895; aunque la que comenzó a funcionar realmente como tal y adquirió mayor importancia fue la “Rheinisch Westphalisches Elektrizitätswerk A. G.” fundada en Essen en 1901. En el caso de Bélgica, los municipios y consejos provinciales suscribieron el 99% del capital para la constitución de la “Société National des Chemins de Fer Vicinaux” en 1984, mientras que la empresa privada aportó con el 1%, esta empresa llegó a obtener el monopolio de la construcción.

Por otro lado, en Francia se comenzó a emplear este tipo de sociedad en diversas áreas como la de explotación de energía hidráulica, la navegación marítima, fluvial y aérea, y los transportes ferroviarios, entre otras. Cabe anotar, que la compañía aérea Air France nacionalizada en 1945, se ha convertido en una sociedad de economía mixta desde el 16 de Junio de 1948. Con respecto de Italia, el desenvolvimiento de la empresa mixta comenzó con la creación del Instituto Nacional de Industria en 1941, cuyo objetivo fue el de fomentar y financiar nuevas industrias.

El desenvolvimiento de las empresas de economía mixta en el continente americano comienza en México y Argentina en la década de los sesenta. En el caso mexicano, este tipo de empresas estuvo destinado a la producción de bienes y servicios indispensables para la colectividad, las cuales debían cumplir con las finalidades políticas respecto de la orientación financiera y económica del país. En el caso de Argentina, la empresa de economía mixta más antigua de la que se tiene conocimiento es el Banco Nacional creado por ley en 1926.

En el Ecuador, la compañía de economía mixta tiene cabida en el derecho positivo con la creación de la Codificación de la Ley de Compañías, mediante Decreto Supremo N° 142 de 27 de enero de 1964, publicada en el Registro Oficial N° 181 de 15 de febrero del mismo año. Con el fin de incentivar la creación de este tipo de compañías, en 1971 se dicta el Decreto N° 1474 en cual exonera a la compañía de economía mixta al pago de impuestos, derechos fiscales y municipales. Actualmente la base de datos de la Superintendencia de Compañías registra la constitución de 111 compañías de economía mixta.³⁷

3.1.3. Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica de la compañía de economía mixta puede detallarse en los siguientes puntos:

- Personalidad Jurídica: entendida como la aptitud legal para obtener derechos y contraer obligaciones, determinado en el artículo 2 de la Codificación de la Ley de Compañías, al incluirla dentro de las cinco especies de compañías dotadas de esta aptitud, tornando incuestionable su personalidad jurídica. Por medio de este artículo y en concordancia con el artículo 48 de la Ley de Modernización del Estado, también se establece que el régimen de aplicación a otorgarse será el del campo de Derecho Privado, bajo el control de la Superintendencia de Compañías.
- Sociedad de Capitales: ya que el elemento primordial para la conformación de este tipo de compañía, es lograr la participación de capitales entre las entidades públicas en conjunto con las entidades privadas, para el emprendimiento de actividades de tipo económico que resulten beneficiosas para el país, tal como lo establece la Codificación de la Ley de Compañías, con lo que resulta más

³⁷ Superintendencia de Compañías: www.supercias.gov.ec

importante el aporte que efectúen cada uno de los accionistas, más que la calidad de los mismos.

- Sociedad de Responsabilidad Limitada: este punto versa en cuanto al riesgo por el cual deberán responder los accionistas, tanto las entidades públicas, como las entidades del sector privado, a posibles obligaciones que puede adquirir la compañía; por disposición del artículo 311 de la Codificación de la Ley de Compañías, en ningún caso podrá ser más allá del monto de sus aportaciones personales.

3.1.4. Características Esenciales

Son características esenciales de estas compañías:

- La coparticipación económica en la forma de integración mixta del capital, gracias a aportes de entes estatales y los entes privados.
- La coparticipación administrativa, conjunta o compartida por parte de las dos clases de socios. Los estatutos de la compañía serán las que determinen la conformación del directorio, el cual necesariamente deberá estar representando tanto por el Estado y los particulares, en proporción al capital aportado por los socios.
- Constituyen un medio por el cual el Estado mantiene cierto intervencionismo en la economía nacional.
- Son sociedades regidas por el Derecho Privado, integradas por socios estatales, sujetos al control y fiscalización de la Superintendencia de Compañías. Sin embargo, debido a la participación estatal, es necesaria la expedición de reglas especiales en determinadas materias. Por ejemplo, la Contraloría General del Estado deberá controlar a estas compañías, en la parte pertinente del aporte económico que haya entregado el Estado, como lo establece el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

- El principal objetivo de estas compañías va encaminado a satisfacer intereses públicos o colectivos; sin embargo, existe el ánimo de lucro, en el cual tanto el ente público como privado participan de las utilidades y pérdidas que arroje la compañía.

3.1.5. Organismos de Control

Los organismos de control están conformados por aquellas “*personas o aquellos grupos de personas físicas que, por disposición de la ley, están autorizados a manifestar la voluntad del ente y a desarrollar la actividad jurídica necesaria para la consecución de sus fines.*”³⁸ Los representantes o administradores de la compañía se encuentran investidos de potestad para dirigir y conducir la empresa, bajo su responsabilidad y con efecto vinculante para el resto de los accionistas.

Las compañías de economía mixta en su calidad de personas jurídicas dependen de la voluntad y de la actividad de las personas físicas que con una u otra naturaleza las integran. La Codificación de la Ley de Compañías no establece ningún órgano especial que rija a este tipo de compañías, por lo que se deberá estar acorde a las disposiciones contenidas para las compañías anónimas. Normalmente, existen tres tipos de órganos de controles definidos, interdependientes, complementarios y delimitados en cuanto a sus competencias. Éstos son:

3.1.5.1. La Junta General de Accionistas: es el órgano supremo de la compañía, sus funciones son deliberativas y de soberana determinación social, que deciden sobre la marcha de la compañía. De igual forma, dicta las políticas y directivas

³⁸ BRUNETTI, Antonio, Sociedades Mercantiles, Tomo 2, Sociedad Anónima, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, Página 368.

generales, y resuelve sobre los negocios sociales, en concordancia con la ley y los estatutos. En suma, es el organismo de máxima instancia en la compañía.

La Junta debe estar conformada por los accionistas, debiendo celebrarse en el domicilio principal de la compañía, siempre que haya sido debidamente convocada por los medios establecidos en la ley y /o los estatutos, en el que se adoptarán resoluciones por decisión mayoritaria. Estará conformada por los accionistas, debiendo celebrarse en el domicilio principal de la compañía, siempre que haya sido debidamente convocada por los medios establecidos en la ley y /o los estatutos, en el que se adoptarán resoluciones por decisión mayoritaria.

El artículo 233 de la Codificación de la Ley de Compañías divide en dos clases a las juntas. Éstas pueden ser:

- Juntas Ordinarias: aquellas que tienen lugar por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses posteriores a la finalización del ejercicio económico anterior y versarán sobre aprobación de balances, estados de resultados, destino de las utilidades y retribución de comisarios, administradores y otros administradores.
- Juntas Extraordinarias: aquellas que se celebran en cualquier tiempo, siempre que hayan sido debidamente convocadas y sólo podrán tratar o resolver sobre los asuntos indicados en la convocatoria. El artículo 238 de la misma ley, permite que en caso de que se encuentre la totalidad del capital pagado y por resolución unánime de los accionistas, se tendrá como conformada una Junta Universal, plenamente válida.

3.1.5.2. El Directorio: es el órgano encargado del quehacer administrativo y del fiel desempeño de la compañía, sus funciones estarán contempladas en el

estatuto y por las disposiciones relativas a las compañías anónimas en cuanto no fueren contrarias, las cuales no podrán ser las privativas de la junta general. Una de sus funciones es la de elegir a un gerente, quien será la persona encargada de la representación legal, judicial y extrajudicial de la compañía.

Según el artículo 312 de la Codificación de la Ley de Compañías, para la conformación del Directorio se estará atento a lo dispuesto en los estatutos sociales, pero siempre con la representación del ente público y privado, en proporción al capital aportado por cada uno. Este artículo señala que en caso de que la aportación del ente público supere el cincuenta por ciento del capital, uno de los directores de este sector será el presidente del Directorio, pero con la nueva Constitución de la República del Ecuador, en toda compañía de economía mixta el Estado y sus entidades deberán tener siempre la mayoría accionaria, con lo que, el presidente del Directorio será un delegado del sector público.

La Ley del Régimen Municipal indica que *“cuando se constituyan empresas de economía mixta, la presidencia será ejercida por un representante de la municipalidad, quien velará porque las decisiones del directorio no afecten el interés público ni contraríen las políticas y metas establecidas por el concejo.”*³⁹

De igual forma, el artículo 192 indica que el presidente gozará del derecho a veto sobre las decisiones que su juicio afecte al interés público o contraríen a las políticas y metas del Concejo Municipal.

3.1.5.3. La fiscalización: se efectúa a través de un comisario o por medio de un Consejo de Control o Vigilancia, tal como lo determina el artículo 287 de la Codificación de la Ley de Compañías. La fiscalización de la compañía debe

³⁹ Ley del Régimen Municipal, artículo 188.

estar ajustada a la Ley y a las reglas de una buena crítica, sin embargo los accionistas tienen derecho ilimitado de inspección y vigilancia.

3.1.6. El Capital

“El capital social representa el importe obligatorio del patrimonio neto de la sociedad en el momento inicial de la empresa.”⁴⁰ En otras palabras, es el valor monetario que se ha asignado al conjunto de las aportaciones realizadas por los accionistas y que debe ser consignada en los estatutos.

Nuestra legislación no contempla específicamente el monto del capital social con el que se ha de integrar la compañía de economía mixta, sin embargo por disposición del artículo 311 de la Codificación de la Ley de Compañías, que indica que a falta de normas que rijan a las compañías de economía mixta, se mirarán las pertinentes a las compañías anónimas, el capital social será mínimo de ochocientos dólares estadounidenses, susceptibles de ser pagados en un veinte y cinco por ciento (25%), al momento de su suscripción, con saldo pendiente a un año. El capital social estará dividido en acciones nominales con el carácter de negociables.

A partir del 15 de mayo de 2009 entró en vigencia La Ley de Reformativa a la Codificación de la Ley Compañías, publicada en el Registro Oficial 391, en la cual los artículos 10 y 11 manifiestan que toda compañía extranjera para ser accionista de una compañía anónima, podrá serlo solo si sus capitales estuvieren representados únicamente por acciones nominativas, expedidas a favor de sus accionistas, sin poder emitirse al portador. Y en la escritura de constitución se deberá adjuntar una certificación que acredite su existencia legal emitida por su país de origen, y una lista detallada de los

⁴⁰ BRUNETTI, Antonio, Sociedades Mercantiles, Tomo II, Sociedad Anónima, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002, Página 370.

miembros, especificando sus nombres, nacionalidad y domicilio. De manera supletoria, estas disposiciones se aplican de igual forma para las compañías de economía mixta.

3.1.6.1. Las Aportaciones

La Codificación de la Ley de Compañías señala: *“las entidades enumeradas en el artículo 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 la prestación de un servicio público por un período determinado.”*⁴¹

De esta manera, el sector público, el Estado, Concejos Provinciales y Municipalidades, podrán participar del aporte del capital bajo tres formas genéricas: pago en efectivo, en numerario o por medio de la concesión de la prestación de un servicio público por un tiempo determinado. En el caso del pago en numerario o efectivo, se lo depositará en una Cuenta de Integración de Capital de cualquier banco del país. Para la aportación en especies, que pueden ser bienes muebles o inmuebles, se admitirá su aporte siempre que dichos bienes están de acuerdo al género de comercio de la compañía. Este tipo de aportación se llevará acabo previo avalúo de los bienes, unánimemente aceptado por los accionistas.

También podrá constituirse una compañía de economía mixta, por medio del aporte que haga el sector público del derecho de concesión de la prestación de un servicio público, por un tiempo determinado. En cuanto la aportación del sector privado, la Codificación de la Ley de Compañías no se refiere a ello expresamente, por lo que será aplicable el artículo 161 de la referida ley, que indica que podrá realizarse la aportación en numerario o en especie (bienes muebles o inmuebles).

⁴¹ Ley de Compañías, artículo 310.

3.1.7. Transferencia, Transformación y Expropiación

Entre los beneficios que tienen las compañías de economía mixta está la de ser instrumentos ágiles de política – económica, tendientes a facilitar la transferencia, conversión o transformación de sociedades de economía mixta, en otros tipos de compañías, o viceversa. Es así que, cualquier sociedad mercantil vigente o con personalidad jurídica de cualquier índole, si decida transformarse en una compañía de economía mixta, deberá adecuar su capital y administración a las características de este tipo societario, además de tener como objeto social la prestación de un nuevo servicio público o para mejorar uno ya establecido. Se adoptará el procedimiento a seguir estipulado en la Codificación de la Ley de Compañías, Sección X, que trata de la Transformación, de la Fusión y de la Escisión.

También puede darse el caso, que el ente particular adquiriera la totalidad del capital de una compañía de economía mixta, para lo cual se estará atento al artículo 316 de la Codificación de la Ley de Compañías, que indica que previamente al pago en efectivo del capital estatal, se deberá realizar una valorización respectiva. Posteriormente, seguirá su funcionamiento como una compañía anónima, pero ya sin los derechos de exoneración de impuestos y demás beneficios que antes gozaban.

Por último, puede por razones de utilidad pública, el Estado goza del derecho y potestad de poder expropiar en cualquier momento, la totalidad del capital del ente privado de la compañía, con la condición de retribuirle íntegramente su valor aportado en dinero y al contado, el cual se determine previo a la realización de un balance.

El artículo 317 de la Codificación de la Ley de Compañías establece que tanto el Estado, los Consejos Provinciales y las Municipalidades que hayan conformado una compañía de

economía mixta para la prestación de nuevos servicios público o servicios ya establecidos, cumplido su plazo, podrán éstas instituciones tomar a su cargo la participación privada y transformar la compañía en una entidad administrativa para el servicio de utilidad pública que fue constituida.

3.1.8. Disolución y Liquidación de la Compañía

Para los casos de disolución y liquidación de las Compañías de Economía Mixta, habrán de observarse los procedimientos generales que establece la Codificación de la Ley de Compañías, en la Sección Doceava, que trata de la inactividad, disolución, reactivación, liquidación y cancelación, normativa aplicable a las cinco especies de compañías contempladas.

La inactividad a la que se refiere el artículo 359 de la Codificación de la Ley de Compañías, señala que toda compañía que no haya operado por dos años consecutivos, serán declaradas de oficio a petición de parte por el Superintendente de Compañías inactivas.

Entre las causas por las cuales puede disolver la compañía tenemos: vencimiento del plazo de duración determinado en el estatuto, por traslado del domicilio principal a un país extranjero, por auto de quiebra legalmente ejecutoriado, por acuerdo de los socios, por conclusión de las actividades para las cuales fue constituida la compañía, por pérdida del cincuenta por ciento o más del capital social o por pérdida del total de las reservas y de la mitad o más del capital, por fusión, por incumplimiento durante cinco años de las obligaciones determinadas por la Superintendencia de Compañías, por no elevar el capital social a los mínimos establecidos, por inobservancia de la ley, reglamentos o estatutos y por cualquier otra causa establecida en la ley o en los estatutos.

En primera instancia, una vez comprobada la inactividad o alguna causal de disolución, de oficio o a petición de parte el Superintendente de Compañías resolverá la disolución de la compañía, para luego someterla al proceso de liquidación. Posteriormente, se deberá inscribir la cancelación de la compañía en el Registro Mercantil del Cantón correspondiente al domicilio principal de la compañía o de ser el caso en el Registro de la Propiedad, con lo que finalmente queda extinguida o sin vida jurídica.

3.2. ECUADOR.- EL PROYECTO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL AGUA POTABLE DE LAS PARROQUIAS ORIENTALES DE QUITO A UNA COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA

Desde comienzos de los noventas, bajo el mandato del ex Presidente Sixto Durán Ballén, el estado ecuatoriano emprende un proceso de modernización y reestructuración del Estado, tendiente a posicionar al gobierno como un ente controlador y regulador de todas aquellas actividades y funciones que según la ley pueden ser transferidas a los entes privados, entre ellos los servicios públicos. La concesión de la prestación de los servicios públicos a la iniciativa privada es un ejemplo de este proceso de modernización, su finalidad fue obtener la mayor eficiencia de la prestación del servicio. Y es así como en el 2002, la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito y el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, dan paso a un proyecto en el que se pretendía la conformación de una compañía de economía mixta, por medio de la concesión del servicio público de agua potable y alcantarillado de las Parroquias Orientales de Quito.⁴²

El proyecto se denominó “Concesión de los servicios de agua potable y alcantarillado de la zona denominada Parroquias Orientales del Distrito Metropolitano de Quito”, y tuvo origen en una reunión de Directorio de la EMAAP-Q, del 05 de septiembre de 2002 y fue

⁴² Las Parroquias Orientales comprenden: Checa, Cumbayá, El Quinche, Guayabamba, Pifo, Puembo, Tababela, Tumbaco y Yaruquí.

la Pricewaterhouse Coopers quien asesoró y realizó las bases de este proyecto. El financiamiento se lo obtuvo por medio de organismos multilaterales, como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Se debe destacar que fue el primero proyecto de este tipo que se elaboró en el Ecuador, dentro del campo del servicio del agua potable y que ha sido ampliamente utilizado en otros países, especialmente en Latinoamérica como lo veremos más adelante en el caso de Cartagena de Indias, Colombia. Considero introducir el análisis de este proyecto a fin de proponer la adopción de este modelo en nuestro país.

El desarrollo del proyecto puede sintetizarse en tres momentos que empiezan desde el año 2004, cuando nace y autoriza el Directorio de la EMAAP-Q la creación del proyecto de concesión del servicio público de agua potable de las Parroquias Orientales a una empresa de economía mixta; pasando por una etapa intermedia de oposición por parte de la ciudadanía al proceso; concluyendo en el año 2007, con la suspensión definitiva del proyecto de concesión.

3.2.1. PRIMER MOMENTO

Los actores que intervienen en este primer momento de inicio del proyecto son la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito (EMAAP-Q), el Programa de Saneamiento Ambiental (PSA), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Concejo de Modernización del Estado (CONAM).

El 05 de septiembre de 2002 se reúne el Directorio de la EMAAP-Q, en una sesión de trabajo que consta del Acta resumen de resoluciones y recomendaciones N° 06-2002, en la cual se presenta la iniciativa de concesión del servicio público del agua y alcantarillado

de las Parroquias Orientales del Distrito Metropolitano de Quito. Las razones que planteaba la EMAAP-Q para la creación de este proyecto era la falta de capacidad económica para invertir en estas zonas, determinando como una opción viable y factible la delegación del servicio a un privado, que generaría un desarrollo sustentable y equitativo de la zona, además de la posibilidad de fortalecer financiera, operativa y regulatoria de la actividad política de la EMAAP-Q. La iniciativa fue aprobada con la mayoría de votos del Directorio.

Estas razones se fundaron en la normativa vigente de esa época, la Constitución Política de 1998, la Ley de Modernización del Estado, su reglamento, la Ley Orgánica de Régimen Municipal y el Código Municipal del Distrito Metropolitano de Quito. El artículo 249 establecía que el agua potable y de riego (junto con otros servicios públicos que señala) son servicios públicos y es responsabilidad del Estado su provisión; sin embargo destaca que dichos servicios podrán ser prestados directamente o *por delegación de empresas mixtas o privadas mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual*.

Dentro de esta primera etapa, el Directorio en primera instancia contrató una Banca de Inversión, que fueron Pricewaterhouse Coopers y a JVP consultores, a fin de que se encarguen de la consultoría integral del proyecto, realicen los estudios de mitigación de los riesgos, ambientales, políticos y económicos, preparen los documentos de precalificación, licitación, adjudicación, suscripción y puesta en marcha de lo que se denominó el “Contrato Integral de Gestión para la Optimización de la Administración Comercial (CIGC)”. El proyecto contó con el financiamiento del BID, de acuerdo al convenio de recursos de cooperación técnica CT-1136/OC-EC, suscrito con el estado ecuatoriano.

El 18 de junio de 2003 se establece un Convenio de Cooperación Interinstitucional suscrito entre la EMAAP-Q y el CONAM, en el cual se acordó por un lado que, la EMAAP-

Q se comprometía a designar a los delegados que intervendrían en la calificación y selección del proceso, evaluar y calificar las ofertas, conformar y garantizar grupos de trabajo y supervisar la parte operativa de los contratos de consultoría. Por su parte el CONAM acordó apoyar el proceso de concesión de los servicios de agua potable y alcantarillado, llevar la gestión comercial del 50% de la facturación de los servicios de agua potable y alcantarillado, permitiendo la tercerización del otro 50%.⁴³

3.2.1. SEGUNDO MOMENTO

Este momento se ve caracterizado por el período de elecciones de autoridades para los gobiernos seccionales y el comienzo de una fuerte oposición de varios sectores, entre ellos de prensa y movimientos ecológicos, hacia el proyecto de concesión del servicio de agua potable, al cual, con un marcado sesgo ideológico, se lo miraba como un proceso de privatización. Los actores principales de este momento son el periódico Tintají, periódico Intag, Radio La Luna, Acción Ecológica, La Ruptura de las Mujeres del 25, Asamblea Permanente de Derechos Humanos, Comité de Empresa de los Trabajadores de la Empresa Eléctrica Quito, la ECUARUNARI, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador – CONAIE, entre otras muchas más, quienes conformaron la “Coalición por la Defensa del Agua”.

Algunos trabajadores de la EMAAP-Q, de manera anónima acuden al periódico Tintají, de circulación en esa época, con el fin de denunciar el proyecto que estaba llevando a cabo la EMAAP-Q. Posteriormente, Tintají en una publicación de la primera quincena de agosto de 2004, saca un artículo que se tituló “¿Quién dijo hasta aquí la sed, hasta aquí el agua?”⁴⁴, en el que se pone a conocimiento de la ciudadanía el proyecto de concesión,

⁴³ BUITRÓN, Ricardo, La Concesión como estrategia de privatización, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2008, página 24.

⁴⁴ RODRÍGUEZ, Rosa, ¿Quién dijo alguna vez hasta aquí la sed, hasta aquí el agua?, publicación obtenida del Periódico Tintají, www.altercom.org, 17 de septiembre de 2004.

considerándolo erróneamente como un proceso privatización. Se decía que la EMAAP-Q estaba obrando a escondidas, que en ningún momento se había consultado a la ciudadanía sobre el proceso, se alertaba que en caso de concretarse el proyecto, el agua estaría al alcance sólo de quienes puedan pagarla. Se argumentaba que el BID era quien estaba financiando el programa, y que como a otros países que ha financiado este tipo de proyectos, se estaba impulsando la privatización. Finalmente, el artículo señala que en caso de no detenerse el proceso de concesión, la población crearía una fuerte resistencia. El Tintají y Acción Ecológica comienzan a investigar a fondo el proyecto, quienes argüían que solo existían razones de carácter económico, ya que las Parroquias Orientales de Quito son zonas de alta plusvalía, puesto que en ella se asentaban barrios residenciales y es donde se está ejecutando la construcción del nuevo aeropuerto de Quito y la zona franca, lo cual consideraban era un negocio rentable.

En respuesta a este artículo y otros más que se realizaron por medios escritos, el Municipio de Quito, a través del Concejal Gonzalo Ortiz, hace su primer pronunciamiento público, en el artículo “Polémica sobre la privatización del agua”, argumentando que el proyecto que se está organizando es de concesión del servicio, más no de privatización, luego señala que las consultoras buscaban determinar el tipo de empresa que mejor convenga para que se asocie con la EMAAP-Q. Indica la diferencia entre concesión y privatización, solicitando a la oposición no malinterpretar estos dos términos. Señalando finalmente que el BID en ningún caso está condicionando el proyecto.

A raíz de la publicación en el Tintají, se aumenta la oposición, agrupándose una organización denominada la “Coalición por la Defensa del Agua”. Se integró por 40 organizaciones y es “una red de trabajo donde las organizaciones participantes definen una estrategia común sustentada en un intercambio solidario de los recursos que tenían a disposición.”⁴⁵ La Coalición centra su argumento político sin sustento jurídico ni técnico, en la defensa de la provisión del agua como un derecho fundamental, que el proyecto a

⁴⁵ BUITRÓN, Ricardo, La Concesión como estrategia de privatización, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2008, página 38.

pesar de su sustento legal, tiene como finalidad la privatización del servicio. Destaca que en países Latinoamericanos como Uruguay, Bolivia e incluso en Guayaquil, este proceso ha traído funestos resultados, que sólo han perjudicado a la ciudadanía. Desde esta perspectiva enfatizan que el agua por ser imprescindible para la vida, se torna en un objeto estratégico de las grandes multinacionales que convierten el recurso en una mercancía. Apoyaron su tesis alegando que la EMAAP-Q es una de las empresas más eficientes del municipio, con una situación financiera sólida, que proveía un servicio de calidad, por lo que no se requería concesionar el servicio.

3.2.2. TERCER MOMENTO

Finalmente, se da un tercer momento, que presenta por un lado la apertura al diálogo entre la fuerte oposición que habría dado lugar la gestión realizada por la Coalición y la EMAAP-Q, con lo que se buscaba llegar a concesos en aras de no detener el proyecto y que se concluye según lo previsto en el cronograma. Por otro lado, luego de las varias reuniones que se mantuvieron, el Alcalde de Quito, General Paco Moncayo, anuncia la suspensión definitiva del proyecto de concesión, en el año 2007.

Para julio de 2005 las compañías Pricewaterhouse Coopers y JVP consultores emiten un informe confidencial de carácter técnico – económico, que incluía las bases para la concesión y las consideraciones previstas para el inversionista privado. Concluyeron que la alternativa más adecuada para este proceso era por medio de la creación de una empresa de economía mixta. El informe se denominó “Bases de la Convocatoria a Precalificación para la Concesión de los sistemas de agua potable y alcantarillado de las Parroquias Orientales del Distrito Metropolitano de Quito”. De esta manera, por medio de la Resolución N° 003, de 25 de enero de 2006, la EMAAP-Q autoriza iniciar el trámite precontractual.

El 26 de enero de 2006 se crea a la Comisión de Precalificación, que sería la encargada de concluir las actividades para la contratación con la firma concesionaria que resulte

seleccionada. En este momento ya existe el interés de algunas firmas concesionarias, entre ellas Aguas Kapital S.A., Biwater, Aguas de Barcelona, Dragados, Acciona, Aguas de Bilbao, RWE, Interagua, Aguas de Valencia.⁴⁶

El Ing. Juan Neira Carrasco, representante legal de la EMAAP-Q, da respuesta a cada uno de los puntos expuestos por la Coalición por medio del Oficio N° 625 de 12 de mayo de 2006. Una vez más, explica que por medio de este proyecto de concesión del servicio de agua potable y alcantarillado de estas parroquias, no se intentaba privatizar el agua, enfatizando la diferencia entre ambos términos y que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce a la concesión como un procedimiento totalmente legal. Manifiesta que en ningún momento se ha tratado de ocultar el proceso, es más señala que todo está debidamente documentado desde el año 2004, en que se originó, además que desde el año 2003 ya la EMAAP-Q realizó con la población de esas zonas talleres y reuniones de trabajo. Indica que a esa fecha el estado del proyecto se encontraba en una etapa preliminar, por lo que aún no se encontraban bien definidos todos los parámetros que incluirán en el contrato de concesión, ya que ello entraría dentro una segunda fase, sin embargo aclara que la EMAAP-Q entraría como socio minoritario, con el 5% del capital dentro de la nueva empresa de economía mixta. Alienta a la ciudadanía para que apoye el proceso, porque de él como en todo proyecto no solo se beneficiaría el inversionista privado, sino también, la misma población, que contaría con un mejor servicio y mayor cobertura, y la EMAAP-Q, que emplearía esos recursos en inversiones para otras parroquias.

El 22 de mayo de 2006, por medio de la Resolución N° 46, el Directorio de la EMAAP-Q resuelve precalificar a las siguientes compañías por haber cumplido con todos los requisitos formales y sustanciales exigidos en las Bases de la Convocatoria a Precalificación Internacional a:

⁴⁶ Ídem, página 55.

- Consorcio del Valle, conformada por Coandes y Consuelgen de Ecuador, y Latinaguas, de Uruguay,
- Hidrosan Ingeniería S.A., de Chile,
- Bewater International Limited, de Inglaterra, y
- Compañías MNV S.A., Vergel y Castellanos y Aguas Kapital S.A., de Colombia

Ante esto, la Coalición se dirige al Alcalde Paco Moncayo para solicitar les conceda audiencia con el Consejo de la Ciudad. El 04 de julio, el 06 de julio y el 05 de septiembre de 2006 se llevaron a cabo estas audiencias, en donde tanto la EMAAP-Q en conjunto con las dos compañías consultoras y la Coalición por la Defensa del Agua, más los pobladores de las nueve parroquias, presentaron sus posiciones con argumentos que se centraban más en el aspecto económico.

La EMAAP-Q argüía que no cuenta con los fondos ni la inversión necesaria que se requiere en esas zonas para poder dotar de un buen servicio de agua potable y alcantarillado, además de la gran inversión que se requiere en infraestructura. Recalcaba que de constituirse una empresa de economía mixta, la EMAAP-Q sería el ente controlador y regulador, garante de la buena prestación del servicio, que hasta entonces solo alcanzaba a cubrir el 62% de la población, además expusieron todas las razones anteriormente señaladas. La Coalición rebatió, arguyendo sin evidencia técnica-financiera, diciendo que de los cuadros económico/financieros presentado por la Pricewaterhouse Coopers, se desprende que el inversionista privado obtendría grandes ganancias, por cuanto la concesión se ubicaba en una zona de alta rentabilidad y crecimiento, en donde no tendría que efectuar un gran inversión de capital, al igual que los ingresos que se obtendrían alcanzan a cubrir los egresos. Consideraban que al tener la empresa municipal solo el 5% del capital accionario, no podrían ejercer mayor control, lo cual permitía al inversionista privado el incremento discrecional de las tarifas, sin reparar que en este tipo de empresas, el sector público se reserva el derecho de veto en las decisiones que se tomarán en el Directorio, entre otras salvaguardas.

Finalmente el 08 de marzo de 2007, luego de casi tres años desde que se originó el proyecto de concesión del servicio público del agua potable y alcantarillado de las Parroquias Orientales del Distrito Metropolitano de Quito, el Alcalde Paco Moncayo públicamente declara su suspensión definitiva. Este proyecto de tal envergadura se vio tergiversado, al confundírsele con un proceso de privatización del agua, empero como se mirará en capítulo siguiente, Colombia emplea el mismo modelo, el cual ha tenido resultados positivos.

3.3. BASES DE LA CONCESIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LAS PARROQUIAS ORIENTALES, PARA LA CONFORMACIÓN DE UNA COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA

El proyecto de concesión del servicio público de agua potable y alcantarillado de las Parroquias Orientales de Quito a una compañía de economía mixta, comprendió de dos Fases: A) La Convocatoria a la Precalificación para la Concesión de los sistemas de agua potable y alcantarillado de las Parroquias Orientales, y B) La Licitación Internacional para adjudicación de la concesión del servicio. Las Bases del proyecto para las dos etapas fueron elaboradas por la Banca de Inversión (Pricewaterhouse Coopers y JVP consultores).

El régimen legal en el cual se ampara el proyecto fueron la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998; la Codificación de la Ley de Compañías, Sección VIII; la Codificación de la Ley Orgánica del Régimen Municipal; el Código Municipal del Distrito Metropolitano de Quito; la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada; el Reglamento General de la Ley de Modernización, en sus artículos pertinentes; y, las Resoluciones del Directorio de la EMAAP-Q. De haber concluido el proyecto de concesión se incluirían también dentro de

régimen legal aplicable, al Contrato de Concesión y el Estatuto de Constitución de la compañía de economía mixta.

La Fase N° 1 comprendía la Convocatoria de Precalificación realizada por la EMAAP-Q, la venta de las Bases para la Precalificación , la presentación de sobres de precalificación por parte de los interesados, la apertura de los mismos, la precalificación por parte de la Comisión de Precalificación y las notificaciones correspondientes.

La Convocatoria de Precalificación fue publicada el 13 de enero de 2006, para todas aquellas personas jurídicas nacionales o internacionales, interesadas en obtener la Precalificación para participar posteriormente de la Fase N°2. El 26 de enero del mismo año el Directorio de la EMAAP-Q crea a la Comisión de Precalificación, quien sería la encargada de aprobar la versión inicial de los documentos preliminares para la segunda fase; la recepción de los documentos presentados por los interesados; absolver o aclarar cualquier inquietud presentada por los interesado y realizar el Dictamen de Precalificación correspondiente. Los interesados debían cumplir con requisitos formales y substanciales, de carácter técnico – operativo, económico –financiero y legal – societario, presentar una garantía de participación y los demás requisitos que determinen las Bases, presentándolos en dos sobres. El sobre N° 1 contenía los requisitos de carácter técnico – operativo y legal societario.

La Fase N° 2 del proceso, la Licitación Pública y Adjudicación del Contrato, no se llega a desarrollar, ya que como anteriormente se refirió, el 08 de marzo de 2007 el Alcalde General Paco Moncayo decide suspender definitivamente el proyecto de concesión. Sin embargo, las Bases de esta fase fueron previamente elaboradas y se denominaron “Bases de Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Alcantarillado de la zona del Distrito Metropolitano de Quito designada como “Parroquias Orientales”.” Dentro de esta fase los precalificados iban a poder acceder al proceso de licitación, a participar de las sesiones de *Data Room Interactivo*, a la entrega del Acuerdo de Accionistas y el

Modelo de Estatuto de la Sociedad de Economía Mixta, y presentar el Sobre N° 2 que contendría la oferta económica, que sería abierta por la Comisión de Apertura y calificada por la Comisión de Evaluación.

Las bases incluían el modelo del Contrato de Concesión y el Estatuto Constitución de la compañía de economía mixta a conformarse. En el contrato se establecían los términos y condiciones de la prestación y desarrollo de los servicios de agua potable y alcantarillado. Las cláusulas más importantes se resumen y detallan a continuación:

- **Partes integrantes:** que comprendía al concedente, representado por la EMAAP-Q y el concesionario o Sociedad Concesionaria, representada por la compañía de economía mixta. Aunque no constituirían parte integrante del contrato, también existiría un Operador Técnico (encargado de proporcionar al concesionario su experiencia, conocimiento e información teórico-práctico para una mejor gestión del servicio) y una Unidad de Control de la Concesionaria (UCC) designada por la EMAAP-Q, encargada de controlar la concesión.
- **Modalidad, alcance de la concesión y plazo:** La modalidad de la concesión es la prestación del servicio público de agua potable y alcantarillado, en condiciones de exclusividad regulada⁴⁷. Su alcance son las nueva Parroquias Orientales del Distrito Metropolitano de Quito: Checa, Cumbayá, El Quinche, Guallabamba, Pifo, Puembo, Tababela, Tumbaco y Yaruquí, incluyendo sus cabeceras e interiores. El plazo de la concesión duraría 30 años, dividido en dos quinquenios, pudiendo ser extendido.
- **Condiciones de la prestación del servicio:** debe ser prestado en condiciones que garanticen su *continuidad, calidad, generalidad, integralidad y tarifa equitativa*. El concesionario será responsable de alcanzar metas de calidad que serán medidos según dos parámetros: el nivel técnico esperado y el que mide el grado

⁴⁷ Exclusividad regulada: implica el ejercicio de un monopolio legal de explotación de los servicios en el ámbito geográfico de la Concesión, sujeto a las regulaciones estatuidas en el Contrato de Concesión y demás normas conexas que resulten pertinentes.

que ha alcanzado. De igual forma, se establece que el concesionario deberá garantizar la protección ambiental, conservación y preservación del recurso.

- **Auditoría Externa:** la sociedad concesionaria debería en un plazo no mayor de 60 días a partir de la transferencia del servicio, contratar a su costo una firma auditora, de entre tres firmas auditoras previamente aprobadas por el Concedente. Las áreas de trabajo serían: auditoría financiera, de gestión y técnica.
- **Del régimen de bienes:** se considerarían bienes afectados al servicio a todos aquellos bienes presentes o futuros, que resulten necesarios para el suministro del servicio y que son imprescindibles para cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión. Estos bienes tendrían el carácter de inembargables e inejecutables, los cuales al momento de la finalización de la concesión pasarían a ser propiedad del concedente.
- **Asuntos laborales:** la concesionaria podría contratar libremente al personal que considere necesario para cumplir con el contrato, y serían de cuenta y riesgo de él las relaciones derivadas por los contratos laborales, bajo el amparo del Código de Trabajo.
- **Régimen de contratos con terceros:** la Sociedad Concesionaria podría contratar con terceros para la ejecución de obras, instalaciones, provisión de insumos y equipamientos, prestación de servicios y otras adquisiciones que requieran.
- **Régimen Tributario:** se estaría a lo dispuesto en la legislación nacional, provincial, cantonal o municipal, vigente en cada momento, siendo de responsabilidad de la Sociedad Concesionaria el pago de todos los tributos, impuestos, tasas o contribuciones pertinentes.
- **Derechos y obligaciones de los usuarios:** la concesionaria establecería un procedimiento eficiente para la absolución de todo tipo de consulta y reclamo por parte de los usuarios, los mecanismos para la solución de conflictos, conforme a un Reglamento del Servicio, que constituiría el cuerpo legal regulatorio y obligatorio, tendiente a conectar las normas del Contrato de Concesión y los derechos de los usuarios.

- **Esquema de retribución de la concesión:** La compañía de economía mixta percibiría como retribución por la prestación del servicio los siguientes rubros:
 - Las tarifas que se perciban por prestación del servicio: los valores tarifarios y de precios se aplicarían en concordancia al Régimen Tarifario estipulado en el Contrato de Concesión, el cual sería facturado por el servicio prestado, a mes vencido con equitatividad y justicia para cada rango de consumo (se contemplarían 9 categorías diferenciadas en que se divide a la población). El servicio de alcantarillado se facturaría en razón del 38.6% respecto del valor de facturación del servicio de agua potable. Las tarifas fijadas se mantendrían por cinco años, los cuales posteriormente podrían, según acuerdo de las partes, mantenerse o revisarse, debiendo justificarse sus razones en análisis técnicos, económicos y financieros; en ningún caso servirían para penalizar al concesionario por los beneficios que hubiere logrado o para compensar el déficit que éste hubiere incurrido. Las exenciones en tarifas que se aplican para ciertos usuarios deberían mantenerse. La renegociación del Contrato de Concesión solo tendría lugar cuando se busque el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, por razones de interés público y otra causa establecida en el contrato. La suspensión del servicio solo podría darse por la falta de pago por dos períodos de mora
 - Los Subsidios Explícitos de Equilibrio;
 - La parte proporcional del Impuesto Predial que corresponda a la zona de las Parroquias Orientales;
 - Las obras que ejecuta la EMAAP-Q, ya sean construcciones, equipamientos y demás aportaciones en especie, con destino al área de la concesión, serán consideradas como ingresos para la Sociedad Concesionaria y no deberían ser reembolsadas; y,
 - Las Contribuciones Especiales de Mejoras o Tasas Retributivas que determinen el Concejo Municipal, para las Parroquias Orientales.

- **Garantías:** durante todo el tiempo de duración del Contrato de Concesión el concesionario deberá presentar una Garantía de Fiel Cumplimiento a favor de la Autoridad Concedente. La Garantía sería anual, en firme, irrevocable, incondicional, ejecutable total o parcialmente a requerimiento del concedente, por un valor anual de dos millones de dólares estadounidenses, la misma que podría hacerse efectiva ante cualquier incumplimiento de las obligaciones del concesionario.
- **Régimen de Seguros:** el concesionario debería contar con dos tipos de seguros, uno de Responsabilidad Civil contra daños, pérdidas, lesiones y/o cualquier otro siniestro que pudiere sobrevenir a terceras personas o sus bienes; y otro seguro sobre los bienes afectados al servicio contra daños por caso fortuito o fuerza mayor.
- **Terminación de la concesión:** son causales para la terminación del contrato:
 - El vencimiento del plazo del Contrato de Concesión;
 - La resolución unilateral y anticipada del contrato por incumplimiento de la Sociedad Concesionaria;
 - La resolución unilateral y anticipada del Contrato por incumplimiento del concedente;
 - La resolución unilateral o rescate de la concesión, dispuesta por la Autoridad Concedente, por razones de interés público;
 - La quiebra, concurso, cesación de pagos, declaración de insolvencia o liquidación judicial de la Sociedad Concesionaria;
 - La imposibilidad de cumplimiento del Contrato de Concesión por parte de la Sociedad Concesionaria; y,
 - El mutuo acuerdo de las partes de dar por terminado el contrato.

- **Solución de controversias:** las partes se comprometerían a actuar de buena fe y hacer todo lo posible para solucionar cualquier tipo de controversia que se suscite dentro del Contrato de Concesión, para ello las controversias serían tratadas a través de tres procesos secuenciales de solución de conflictos: discusión directa entre las partes, mediación y arbitraje.
- **La Sociedad Concesionaria:** se realizaría por medio de una escritura pública denominada “Escritura Constitutiva”, basada en el Acuerdo de Accionistas, que contendría la escritura de constitución social y los estatutos de la compañía, anteriormente aprobada por la Superintendencia de Compañías, la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado. Esta Escritura debía especificar: los comparecientes, la denominación social, el objeto y las obligaciones del contrato de concesión, la duración de la compañía de 35 años, al Distrito Metropolitano de Quito como el domicilio principal, la forma de integración y funciones del Directorio, el cual sería presidido por un representante de la EMAAP-Q, la posibilidad de subcontrataciones, entre otras.

El capital social de la compañía sería al tiempo de su constitución de al menos de tres millones de dólares estadounidenses y los socios responderían hasta el monto de sus aportaciones. La EMAAP-Q realiza su aportación por medio del derecho de concesión, equivalente al 5% del capital suscrito y pagado; un 51% aportaría la parte concesionaria o “Grupo Estratégico”; y, el restante 44% podría ser suscrito por los integrantes del Grupo Estratégico o por terceras personas, que no se hallen inhabilitados, con prohibición, falta de legitimación o incapacidad para contratar con el Estado, y se denominaría “Tramo de Libre Inversión”. Entre la EMAAP-Q y el “Grupo Estratégico” se conformaría el “Grupo de Control”.

Las acciones de la compañía serían nominativas, ordinarias y acumulativas, las cuales dan derecho a voto. Existirían tres tipos de acciones: Tipo A que le pertenecen a la EMAAP-Q, Tipo B para el “Grupo Estratégico” y Tipo C para el “Tramo de Libre Inversión”. En cuanto a la transferencia de acciones, el Grupo Estratégico necesitaría la autorización del concedente, sin embargo las acciones del “Tramo de Libre Inversión” podrían ser enajenadas o gravadas libremente. En caso de que el “Grupo Estratégico” optara por transferir todas sus acciones, la

EMAAP-Q tendría el derecho de ser el primero en adquirirlas y reasumir la prestación del servicio.

Las acciones de Tipo A pertenecientes a la Autoridad Concedente adicionalmente gozan del derecho de veto, que es la facultad de pronunciar su asentimiento expreso dentro de la Junta General de Accionistas, respecto ciertos temas claves, sin el cual las iniciativas no podrían prosperar. Entre ellos tenemos, aumento de capital, modificación de estatutos, disolución de la compañía, aprobación del Plan de Inversión Quinquenal, cesión total o parcial de acciones, consentimiento de renegociaciones, etc.

CAPITULO IV

EL PROYECTO DE LEY DE EMPRESAS PÚBLICAS

4.1. ANÁLISIS

Antes de iniciar este capítulo, es importante recalcar que al momento de iniciar la elaboración de este trabajo, la regía la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998; sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente ya se encontraba elaborando el Proyecto de la nueva de Constitución, que sería aprobada en referéndum el 23 de septiembre del 2008. Desde ese momento, el Gobierno ha puesto en vigencia nuevas

normas y ha reformado otras, que han debido ser analizadas, incorporadas y acogidas, a fin de guardar total armonía dentro del esquema y soporte legal del presente trabajo.

Uno de ellos es el Proyecto de Ley de Empresas Públicas que fue elaborado por la Comisión Especializada de Desarrollo Económico y Producción de la Asamblea Nacional, el mismo que fue aprobado en segundo debate el 14 de junio de 2009 y sometido a consideración del Presidente de la República para la sanción o veto, dentro del plazo previsto por la Constitución. La normativa contiene 63 artículos, 10 disposiciones generales, 10 transitorias y 3 disposiciones finales (reformas y derogatorias).

Entre los motivos por lo que se elaboró el proyecto, se enuncia la necesidad del Estado de recuperar y someterles al régimen de Derecho Público, a todas aquellas empresas que fueron creadas como empresas mercantiles, con participación estatal y privada en los años noventa, con una vigencia temporal, a fin de que el capital público sea transferido al inversionista privado, pero que fallaron en el proceso y actualmente tienen como socio mayoritario o único al Estado. De igual forma, promueve el desarrollo sustentable, integral, descentralizado y desconcentrado del Estado.

El proyecto tiene como objetivo regular la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero, así como la conversión de sociedades anónimas a empresas públicas, o de ser el caso la liquidación de éstas.

Se entiende como empresa pública a las personas jurídicas de derecho público que pertenecen al Estado, según la Constitución, que contarán con patrimonio propio y autonomía presupuestaria, financiera y de gestión, cuyo objeto social será la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento de recursos naturales o de bienes públicos, según lo establece el artículo 315 de la Constitución Política. Las empresas públicas podrán crearse por acto normativo expedido por los gobiernos autónomos descentralizados, y se implementa la facultad de que la Función

Ejecutiva también pueda crearlas, mediante decreto ejecutivo. La denominación de las empresas públicas deberá contener la indicación de “Empresa Pública” o la sigla “EP”.

El artículo 4 del Proyecto de Ley hace una subdivisión de las empresas públicas: a) las empresas subsidiarias, que serán las sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado cuente con la mayoría accionaria; y b) las empresas filiales, que serán sucursales de las empresas públicas matriz, creadas para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada. El artículo 13, a su vez, menciona que el Directorio de las empresas públicas tiene la potestad de decidir sobre la creación de empresas filiales o sucursales, por medio del gerenciamiento de un servidor de libre nombramiento y remoción.

Hasta este punto, se puede ver como el Proyecto de Ley de Empresas Públicas, cambia la forma del régimen de aplicación de las compañías de economía mixta, ya que por un lado, al entrar en la clasificación de empresas públicas, serán sometidas al régimen del Derecho Público, permitiéndonos concluir que las normas pertinentes de Derecho Privado de ser el caso serán aplicadas de manera supletoria, lo cual anteriormente era al revés. Luego, la denominación compañías de economía mixta se cambiará por la de empresas subsidiarias, que tienen la característica de ser constituidas con el aporte mayoritario del Estado y el de los entes particulares. En cuanto a su objeto social, como lo indica el proyecto y el artículo 315 de la Constitución se amplía para el manejo de sectores estratégicos, la prestación de servicios, el aprovechamiento de recursos naturales o bienes públicos, mientras que el artículo 309 de la Codificación de la Ley de Compañías señala que solo podrá ser para el desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias de interés nacional y las de interés colectivos; y la prestación de nuevos servicios o el mejoramiento de éstos. De igual forma, el órgano de administración de las compañías de economía mixta era la Junta General y un Gerente, ahora sería por el Directorio y un Gerente General.

A diferencia de la empresa privada, las empresas públicas deberán propender a generar excedentes, que serán destinados a la inversión y reinversión en las mismas empresas, sus subsidiarias, relacionadas o asociadas. Los excedentes que no sean distribuidos serán transferidos al Presupuesto General del Estado, a excepción de que pertenezcan a los gobiernos autónomos descentralizados. Las empresas públicas gozan de la capacidad de poder invertir sus propios recursos económicos y excedentes en la ejecución de proyectos que se vayan a desarrollar en la misma empresa filial o subsidiaria.

En el caso de ser compañías que se dediquen a la prestación de servicios públicos, se tenderá a buscar un beneficio social, más que el económico, para lo cual el Estado podrá otorgar subvenciones y aportes estatales que garanticen la continuidad del servicio. De igual forma, estarán exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso, ocupación del espacio público, el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para la colocación de estructuras, postes y tendidos de electricidad.

El gobierno y la forma de administración de las empresas públicas se las realizará por medio de la integración de un Directorio y de un Gerente General, que le permitirá al Estado mantener el control sobre la empresa. El Directorio, si fue creado por Decreto Ejecutivo, estará integrado por el Ministro o su delegado del ramo correspondiente, por el titular del organismo nacional de planificación o su delegada y por un miembro designado por el Presidente de la República. En caso de haber sido creada por los gobiernos autónomos descentralizados, se estará atento a lo que dispone la escritura de constitución, pero en ningún caso serán más de cinco miembros. La Presidencia será ejercida, en el primer caso por el Ministro del ramo correspondiente o su delegado, y en el segundo caso por el Alcalde o Prefecto o su delegado.

Las empresas públicas tendrán capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales, pudiendo constituir cualquier tipo de asociación, alianza

estratégica o sociedad de economía mixta, a nivel nacional o internacional. Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo con la ley y se requerirá concurso público y para el perfeccionamiento, la asociación no se requerirá de otros procedimientos que nos sean los establecidos por el Directorio. No se necesitarán concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas o de países que integran la comunidad internacional.

La prestación de servicios del talento humano tiene tres clasificaciones: servidores públicos, servidores públicos de carrera y los obreros. La designación y contratación de personal de estas empresas se las realizará a través de procesos de selección que atiendan los requerimientos empresariales de cada cargo y conforme a los principios y políticas establecidas en este Proyecto de Ley y la Codificación del Trabajo. En las empresas se incorporará preferentemente a personal nacional para su desempeño en las áreas técnicas y administrativas y por lo menos un cuatro por ciento del talento humano deberá ser personal con capacidades especiales.

Dentro de un punto controversial, se halla el Título VIII, que trata sobre el Control y la Auditoría de las empresas públicas, cuando señala que las empresas públicas estarán sometidas al control por parte de: 1) la Contraloría General del Estado, 2) la Unidad de Auditoría Interna de la empresa pública, y 3) el Consejo de Participación Ciudadana.

Por su parte, la Contraloría General del Estado dirigirá el control administrativo de las empresas públicas, por medio de los Sistemas de Control Externo e Interno. El Control Interno se lo realizará por medio de la Unidad de Auditoría Interna, mientras que el Control Externo se lo hará por medio de auditorías financieras y de gestión, amparadas en lo establecido en el proyecto de ley y la Ley de Orgánica de la Contraloría General del Estado.

La Auditoría Financiera velará respecto de la razonabilidad de las cifras presentadas en los estados financieros y la correcta aplicación de las normas legales y reglamentarias correspondientes, dentro de un período determinado. La Auditoría de Gestión examinará y evaluará el control interno y el desempeño de la empresa pública, bajo principios y criterios de economía, efectividad y eficiencia, según los costos de oportunidad de las decisiones de gerencia y las razones de estrategia, comerciales y tecnológicas. Evaluará los resultados esperados, con los indicadores institucionales y de desempeño establecidos por el Directorio.⁴⁸

En tal virtud, se desprende de este capítulo que el control de las empresas filiales estarán a cargo de la Contraloría General, desplazando tácitamente la potestad de control, regulación y supervisión que ostentaba la Superintendencia de Compañías, o lo que se intentará es incluirla para el ejercicio de ciertas funciones. Cabe cuestionarse, por un lado, qué sucederá con las disposiciones legales atinentes a las compañías de economía mixta contenidas en la Codificación de la Ley de Compañías, porque si bien es cierto, que una vez más se demuestra que salieron del régimen del Derecho Privado, el proyecto de Ley intenta normar la constitución de estas compañías, pero no se detalla la forma con la que procederá su conformación, el capital mínimo, los tipos de aportación, los derechos de los accionistas, las disposiciones relativas a las sesiones de directorio, entre otras disposiciones que se regulan. En segundo lugar, podrá la Contraloría General ejercer estas funciones con total eficiencia y agilidad.

En suma, si el Proyecto de Ley de Empresas Públicas llegara a aprobarse, las compañías de economía mixta tendrían las mismas condiciones de empresas públicas, se desvirtuaría la naturaleza para las que fueron creadas, ya que pasan a manos del control Estatal, que antes lo efectuaba la Contraloría General solo sobre los fondos o aportaciones públicos. Además, considero que en la práctica casi con seguridad quedarán en desuso la constitución de estas compañías, ya que los inversionistas privados no querrán participar, bajo estas circunstancias.

⁴⁸ Proyecto de Ley de Empresas Públicas, artículo 47.

Sin embargo, el Presidente Rafael Correa ya objetó parcialmente el Proyecto de Ley en 13 puntos de carácter técnico-jurídico que deberán ser revisados por los Asambleístas. Estos puntos son: la necesidad de que tanto las empresas públicas creadas por Decreto Ejecutivo, como aquellas que sean creados por los órganos seccionales, sean constituidas por medio de escritura pública; que las empresas públicas prestadoras de servicios públicos por su naturaleza no son compatibles con la auditoría de gestión, por lo que no deberá incluirse este tipo de control; además, sugiere que estas empresas gocen de jurisdicción coactiva y se les conmine a divulgar la información contable-financiera en páginas web sobre el ejercicio contable del año anterior.

En Colombia, la Corte Constitucional emitió dos fallos acerca de la naturaleza jurídica y el régimen de aplicación para las compañías de economía mixta prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que para el caso son de gran relevancia dentro del presente capítulo. Así pues, la Corte Constitucional falló en las Sentencias C-483 de 1996 y la C736-2007, frente a las demandas de inconstitucionalidad que presentaron algunos ciudadanos colombianos, de los artículos 14.6, 14.7 (parcial) y 68 (parcial) de la Ley 142 de 1994; el artículo 102 de la Ley 489 y el artículo 1 del Decreto 128 de 1976⁴⁹. Para el

⁴⁹ *Ley 142, Artículo 14, 6: Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%*

Ley 142, Artículo 14.7: Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece prioritariamente a particulares o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

Ley 142, Artículo 68: Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y la sociedades de economía mixta ..., las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos ...

Ley 489, Artículo 102: Inhabilidades e incompatibilidades. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976.

Decreto 128, Artículo 1: Las normas aplicables del presente decreto son aplicables a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o comerciales

actor, por medio de estas normas se da un tratamiento desigual y discriminatorio, cuando se aplican diversos mecanismos a las empresas de economía mixta y las de economía mixta que prestan servicios públicos, o al tratamiento diverso que se maneja por el porcentaje de participación del capital estatal, que no es una justificación razonable para el mismo. A su juicio, son más las similitudes que las diferencias que se presentan entre estas sociedades, por cuanto todas son sociedades, tienen participación estatal, son entidades descentralizadas, tienen personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y requieren para su autorización del Congreso, asamblea departamental o concejo municipal, según el caso.

Las pretensiones de los demandantes era que se decreten inexecutable los artículos antes mencionados, determinándose que las empresas mixtas prestadoras de servicios públicos sean de igual forma similares a las sociedades mixtas y deberán someterse al mismo régimen, la diferenciación en el régimen de las mixtas que tienen 90% o más del capital no es constitucional y todas son iguales, los administradores de las empresas mixtas de servicios públicos y privadas con aportes estatales deben someterse al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades que las públicas, y que todos los servidores de las empresas mixtas de servicios públicos y privadas en las que el estado tiene aportes son servidores públicos.

La Corte Constitucional de Colombia manifestó que la regulación de la prestación de los servicios públicos es materia que corresponde al legislador determinar, correspondiéndole a la ley determinar el régimen jurídico a que se someterá la prestación de los servicios públicos, al igual que las formas o modalidades de organización empresarial.

Las consideraciones de la Corte para resolver fueron las siguientes:

del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social...

- Una de las formas de descentralización administrativa es por servicios, que implica el otorgamiento de competencias o funciones a entidades públicas no territoriales y diferentes del Estado, que sea creadas para ejercer una actividad especializada en forma autónoma. La existencia de esta forma de descentralización ha sido justificada en la necesidad que tiene la Administración de especializar y tecnificar el cumplimiento de ciertas funciones, como es el de la delegación de la prestación de servicios públicos a los entes particulares, justificándose la creación de empresas de economía mixta o privadas que se encarguen de brindar el servicio.
- La Ley 142 determina que el ámbito de aplicación de las empresas mixtas de servicios públicos es la del Derecho Privado, sin importar el porcentaje de los aportes estatales, naturaleza del acto o el derecho que se ejerza. •
- Los elementos configurativos de las sociedades de economía mixta son la creación o autorización legal, el carácter de sociedades comerciales, su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales, con ánimo de lucro, sujetas a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que determine la ley, capital integrado por aportes estatales y particulares, y vinculación a la Rama Ejecutiva, como un ente descentralizado.
- El régimen jurídico de los servicios públicos será el que fije la ley, y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, pero en todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.
- La seguridad jurídica en el sector de los servicios públicos, no puede confundirse con la inmutabilidad del régimen normativo, o con la sujeción de actos y contratos a las normas vigentes al momento de la celebración, puesto que en todo caso el interés colectivo habrá de prevalecer sobre el particular de los operadores o de algunos usuarios.
- Existen razones fácticas para que el legislador distinga entre sociedades de economía mixta y empresas de servicios públicos mixtas, dándoles un trato jurídico diferente, situación que se da ya que el segundo tipo de compañías se dedican a la prestación de servicios públicos y que han sido concebidos como una

actividad libre pero intervenida, siendo la inversión de los particulares muy significativa.

- Todos los prestadores del servicio no pueden tener privilegios en la prestación del servicio, como tampoco deben tener cargas que no tienen los demás agentes que concurren a la prestación de los servicios.
- La diferencia en la prestación de los servicios públicos por parte del Estado de los particulares no deben buscarse en el régimen jurídico, sino, en la forma como se reparten los excedentes o utilidades que se generan en la prestación del servicio.
- Es necesario que los servicios públicos se sometan a un régimen especial, tal cual como se ampara en la Ley 142, que en muchos casos será de Derecho Privado, en otros tantos el de Derecho Público y en algunos casos construirá sus propias instituciones.

Finalmente, los fallos resolvieron declarar la exequibilidad de las normas demandadas, ya que no se asimilan las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios a las sociedades de economía mixta, sin embargo son entidades estatales descentralizadas pero de naturaleza y régimen jurídico especial. Y se determina que los trabajadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, son servidores públicos con régimen jurídico especial.

De esta manera considero, coincido con la legislación Colombiana, al que se debería determinar un régimen jurídico especial y una naturaleza jurídica especial a las compañías de economía mixta que se encarguen de la prestación de un servicio público, por cuanto se trata de una especie de híbrido, que conjuga tanto la participación estatal y privada, para la prestación de un servicio, que es de interés general, garantizado por la Constitución. Por lo que, muchas veces deberá aplicar normas de Derecho Privado, Público o crear instituciones propias.

CAPITULO V

LEGISLACIÓN COMPARADA.- EL CASO DE COLOMBIA Y CHILE

Existen diversos modelos de gestión que pueden ser empleados para la prestación del servicio público del agua y alcantarillado, éstos pueden ir desde la prestación por intermedio de unidades operativas dependientes de la administración central o local, hasta la prestación del servicio por medio de las empresas privadas. La decisión por la que opte cada país depende principalmente del gobierno de turno y la corriente política a la cual represente.

Entre los diferentes modelos de gestión del servicio se encuentran: la prestación directa por la administración central o local, por intermedio de la creación de empresas públicas,

la tercerización (*out sourcing*), la gerencia integral, la conformación de compañías de economía mixta, el arrendamiento, la concesión, el BOT por sus siglas en inglés *built, operate and transfer* (construir, operar y transferir) y finalmente la privatización del servicio.

Los países de América Latina a lo largo de su historia han empleado estos diversos modelos de gestión para la prestación del servicio, variando constantemente por modelos centralistas o descentralizados. Dentro del presente capítulo, se presenta un análisis de dos modelos de gestión distintos: el de Colombia y Chile, que cuentan con la participación de un operador privado para la prestación del servicio. El modelo empleado por Colombia, cuenta con una participación mixta entre las municipalidades y los entes privados. Y, el modelo chileno cuenta principalmente con un modelo privatizado.

5.1. COLOMBIA: DESARROLLO DE UN MODELO DE PARTICIPACIÓN MIXTA ENTRE EL ESTADO Y LAS ENTIDADES PRIVADAS

Colombia, en cuanto al sector de agua potable y saneamiento a lo largo de las últimas décadas ha atravesado varios procesos de centralización y descentralización. Pero no es sino hasta el año de 1994 cuando se inicia una nueva política sectorial, que se basó en la transferencia de la competencia de la prestación del servicio que mantenía las municipalidades, hacia el sector privado. De igual forma, se da paso a la creación de una ley sectorial denominada Ley General de Servicios Públicos (Ley 142), aprobada en 1994, donde se define el nuevo régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios.

5.1.1. Devenir Histórico del Servicio

Durante los años cincuenta, la política adoptada para la prestación del servicio público del agua potable y saneamiento fue centralizada, es así que institucionalmente el sector dependía del Ministerio de Salud. Por su parte, las municipalidades eran las encargadas de brindar el servicio, quienes por medio del Instituto de Fomento Municipal (INSFOPAL), conformaron a la empresa ACUAS, que eran entidades departamentales conformadas con la participación del Departamento, los Municipios y el INSFOPAL, teniendo como objetivo la prestación del servicio. En 1976, surge un cambio de política sectorial de gobierno, que conllevó a que las ACUAS se transforman en Empresas de Obras Sanitarias (EMPOS), asumiendo la competencia del servicio los Departamentos. La EMPOS se encargó de la financiación, planificación, desarrollo y administración de los servicios públicos en la mayoría de municipios. Sin embargo, algunas municipalidades mantuvieron la responsabilidad para la provisión del servicio a nivel local, por medio de la creación de empresas municipales. Tal es el caso de la Empresa Pública de Medellín (EPM), una empresa multi-sectorial creada en 1955.

Para el año de 1980 el sector cae en crisis, el INSFOPAL se liquida, transfiriendo la responsabilidad de prestación del servicio a los municipios, salvo en algunos casos, donde las empresas regionales se mantuvieron. Además, la responsabilidad institucional pasó a manos del Ministerio de Desarrollo Económico.

El proceso de modernización del sector tiene origen durante los gobiernos liberales de César Gaviria (1990-1994) y Ernesto Samper (1994-1998), quienes establecen una nueva política sectorial fundada en los siguientes objetivos:

- Aumento de las inversiones en el sector de agua potable y saneamiento;
- Mejorar la calidad y eficiencia de los servicios a través de participación privada en las partes más pobres del país;
- Establecer agencias de regulación autónomas a nivel nacional;
- Aumentar la recuperación de costos; y,

- Proteger a los estratos más pobres de la población, por medio de subsidios cruzados en forma de tarifas basadas en zonas residenciales.

5.1.2. Organismos de Control, Regulación y Fiscalización

De acuerdo con la Constitución Política de 1991, los servicios de agua potable y saneamiento son de obligatorio suministro a la población, por medio de la prestación de tres instancias del poder político administrativo:

- El Estado: es competencia del Gobierno Central a través de los Ministerios, formular políticas y objetivos de desarrollo del sector, efectuar programas de crédito y subsidios a la demanda, asesorar y dar asistencia técnica a los departamentos y municipios, diseñar y promover programas en materia de abastecimiento rural, evaluar la prestación de los servicios, elaborar reglamentos y normas técnicas, y adelantar y coordinar programas de investigación y desarrollo tecnológico.
- El Departamento: la participación departamental en este ámbito es restringida ya que actúa fundamentalmente como ente de intermediación entre el Estado y los Municipios sobre todo en las funciones de planificación, administración, coordinación, asesoría y apoyo financiero.
- Los Municipios: son los responsables por la prestación del servicio de agua potable y saneamiento. Tienen competencia exclusiva en este ámbito, pudiendo gestionarla directamente o por medio de delegación al sector privado. El artículo 5 de la Ley 142 señala: *“Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que son sujeción a ellos expidan los concejos...”*

5.1.2.1. La Comisión de Regulación de Agua

La Comisión de Regulación de Agua es una unidad administrativa especial, adscrita al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que fue inicialmente Ministerio de Desarrollo. Cuenta con independencia técnica, administrativa y patrimonial, sin personería jurídica. Es una entidad de orden nacional creada para regular los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, según mandato legal y con funciones delegadas por el Presidente. Está conformado por el Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, quien la preside, el Ministro de Salud, tres expertos comisionados del Presidente de la República y el Director de Planeamiento. Las funciones que le han sido asignadas son:

- Fijar las normas de calidad del servicio, definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas;
- Determinar el régimen de precios (regulado, vigilado o libre) que se le aplicará a los servicios, establecer fórmulas para la fijación de tarifas y definir los factores de cálculo de los subsidios;
- Ordenar la escisión, fusión o liquidación de empresas con el fin de preservar el mercado de posiciones dominantes;
- Resolver consultas sobre el régimen de incompatibilidades y en caso necesario, solicitar al Superintendente que adelante las investigaciones; también está facultado para imponer sanciones.

5.1.2.2. La Superintendencia de Servicios Públicos

Es un organismo de carácter técnico, con personería jurídica propia y autonomía administrativa y patrimonial, creado por la Constitución Política de Colombia de 1.991 para que, por delegación del Presidente de la República, ejerza el control, la inspección y la vigilancia de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios en función del marco regulatorio general y el desarrollo de las Comisiones. Está conformada por un Superintendente, quien la preside, y cuenta con tres despachos con Superintendentes delegados para cada uno de los servicios: acueducto (es decir agua potable) y aseo, energía y combustible, y telecomunicaciones.

Dentro de las funciones que se le han asignado se encuentran:

- Vigilar y controlar a las entidades prestadoras del servicio, para que cumplan con lo determinado con la Ley 142, con las normas reglamentarias y las normas que expida la Comisión de Regulación;
- Sancionar a las entidades encargadas de prestar el servicio público, cuando incumplan o infrinjan las normas a las que están obligadas;
- Certificar que la estratificación de sectores para el pago de tarifas, propuesta por las municipalidades es la correcta, lo que permitirá la implementación de subsidios.
- Resolver los recursos de apelación que en subsidio interpongan suscriptores y usuarios, una vez se haya resuelto el recurso de reposición ante el prestador del servicio. Resuelve las apelaciones contra lo decidido por los Personeros Municipales, por impugnaciones contra la elección de vocales de control.
- Proporcionar la orientación y el apoyo técnico necesarios para la promoción de la participación de la comunidad en las tareas de vigilancia y control. Apoya las tareas de los Comités de Desarrollo y Control Social y proporciona los instrumentos básicos de información y capacitación para los vocales de control.

5.1.3. La Ley 142

Con la creación de la Ley 142 se presentan aspectos novedosos, entre ellos se pueden destacar la separación conceptual y funcional de las actividades normativas de regulación, fiscalización y control de normas; integra las funciones de fiscalización de todos los servicios públicos domiciliarios en sola organización denominada la Superintendencia de Servicios Públicos, y se introduce criterios de búsqueda de competencia en el mercado, a pesar del carácter monopólico que presenta el servicio.

Por medio de esta Ley se recogen como criterios básicos de la prestación del servicio, la universalidad y eficiencia, la competencia y vigilancia eficiente, la igualdad de condiciones, descentralización de la gestión y la equidad social en cuanto a la prestación del servicio.

Otro aspecto novedoso es el espíritu de esta ley, al fomentar prioritariamente la participación privada en la prestación del servicio. El artículo 6 señala que la gestión directa por parte de las municipalidades, podrá darse cuando las características técnicas y económicas del servicio sean las más convenientes, y éstas se entienden que serán en los siguientes casos:

“6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya alguna que se ofreciera a prestarlo;

6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada;

6.3. Cuando, aun habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de las empresas interesadas, y que la calidad y atención al usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer (...).”

Por otro lado, la Ley 142 establece tres instancias distintas en la cuales se distribuyen las actividades clásicas de regulación del servicio. En primer lugar, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (Dirección Técnica del Agua) responsable por aprobar los planes de gestión de las empresas. Segundo, las Comisiones de Regulación cuyo papel es definir las metodologías y reglamentaciones que debe seguir el sector. Tercero, la Superintendencia de Servicios Públicos responsable por vigilar el cumplimiento de las reglamentaciones diseñadas y divulgadas por parte de las respectivas Comisiones.

La ley en su artículo 69, determina la creación de tres nuevas Comisiones Reguladoras para cada una de los tres siguientes servicios: agua potable y saneamiento; energía y gas; y, telecomunicaciones, como unidades administrativas especiales adscritas a los respectivos Ministerios de Minas y Energías, Desarrollo y Comunicaciones.

5.1.4. Régimen Tarifario

El régimen de precios que se aplica a los servicios públicos de agua potable y saneamiento es el de *libertad regulada*, lo que significa que las tarifas son definidas por cada entidad prestadora, con sujeción a las fórmulas y metodologías establecidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), con base en factores de eficiencia comparativa con los demás prestadores del servicio⁵⁰. La Superintendencia por su parte, es la responsable por vigilar que las tarifas sean definidas a los criterios pautados por la Comisión.

En general, el régimen tarifario está orientado de acuerdo con criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad y redistribución, suficiencia financiera, simplicidad, transferencia e integralidad. Con base a estos criterios, la Comisión formuló una metodología para el cálculo de las tarifas. Las fórmulas tarifarias serán aplicadas por las propias empresas operadoras.

⁵⁰Ochoa Francisco, Modelo Colombiano de Tarifas y Subsidios, www.arsesp.sp.gov.br/downloads/secoes/eventos/workshop_16abr09/Francisco_Ochoa.pdf, Sao Paulo, 17 de abril de 2009.

La aplicación de las disposiciones legales relativas a los subsidios es una competencia municipal. En general, se trata de *subsidios cruzados*⁵¹ que son hechos explícitos y pagados a partir de un fondo de solidaridad y redistribución que se crea con cargo a las tarifas. Para la aplicación de estos subsidios se emplea el concepto de estratos socio-económicos, que es una herramienta que utiliza el gobierno para clasificar a los ciudadanos de acuerdo a sus ingresos. Cada municipio entonces ha delimitado áreas geográficas que corresponden a cada uno de los seis estratos socio-económicos, que van desde el estrato 1 (bajo – bajo), al estrato 6 (alto).⁵² La mayor parte de la población corresponde a los estratos del 1 al 3, por lo que requieren de subsidios.

5.1.5. Modelo de Gestión para la Prestación del Servicio de Agua Potable y Saneamiento

La Constitución Política de 1991 revirtió a los poderes municipales la responsabilidad por la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, generando con ello un acelerado proceso de descentralización. Las únicas formas previstas por la ley para prestar los servicios son la gestión directa y la gestión mediante una empresa de naturaleza pública, privada o mixta, tal como se ampara en el artículo 5 en concordancia con el artículo 6 de la Ley 142.

En el caso de que se preste el servicio a través de la gestión privada, ésta solo se encuentra habilitada por medio de la conformación de sociedades anónimas o de economía mixta, regida por normas del derecho privado. La ley establece los parámetros

⁵¹Subsidio Cruzado: es un mecanismo por medio del cual se traslada la mayor incidencia económica del costo del servicio a un grupo de consumidores, usualmente la gente de mayores ingresos, en beneficio de otro grupo que soportará una menor carga económica, preferiblemente el usuario pobre o de escasos recursos.

⁵²Ochoa Francisco, Modelo Colombiano de Tarifas y Subsidios, www.arsesp.sp.gov.br/downloads/secoes/eventos/workshop_16abr09/Francisco_Ochoa.pdf, Sau Pablo, 17 de abril de 2009.

para la definición de los estatutos de las empresas y su régimen de funcionamiento. Las empresas prestadoras de los servicios requieren de un permiso de concesión para usar las aguas y una licencia o concesión para la prestación del servicio, otorgada por las autoridades municipales. Se estableció un plazo para que las municipalidades transformaran sus empresas de servicios públicos en empresas por acciones y en los casos que no fueron viables, se solicitó la reestructura o la liquidación, lo que provocó el interés de las municipalidades por asociarse o incorporar operadores privados.

Entre las diversas modalidades de gestión más empleadas en Colombia, la que fue más ampliamente utilizada es la empresa de economía mixta, la cual se encuentra implantada en Cartagena de Indias y Barranquilla. A continuación se presenta un estudio sobre el éste modelo de empresa de economía mixta empleado en Cartagena de Indias.

5.1.5.1. El Proceso de Conformación de la Sociedad de Economía Mixta

Antecedentes.- La prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado del Distrito de Cartagena de Indias hasta el año de 1994 fueron prestados por la Empresa Pública Distrital (EPD). Debido al crecimiento acelerado de habitantes y actividad económica que se suscitó, agravó la falta o poca inversión para la prestación de los servicios. La Empresa Pública Distrital hasta esa contaba con una insuficiente, deficiente y baja cobertura de los servicios, un inadecuado sistema de facturación, medición y recaudo financiero, contaminación en ciertos sectores, fugas de agua tratada y negra, conexiones fraudulentas, caos administrativo y descontento, quejas y mal servicio.

En tal virtud, en marzo de 1994 el Consejo Distrital de Cartagena de Indias facultó al Alcalde Mayor para constituir una sociedad mixta que asumiera la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el Distrito. La decisión de optar por este modelo de empresa surgió como una solución que permitía la incorporación de nuevas y mejores experticias técnicas y gerenciales, preservando el control y participación de las autoridades políticas en la prestación del servicio.

Conformación de la Sociedad.- El proceso de transformación del modelo de prestación del servicio en Cartagena comienza a mediados de 1995 y comprende de tres momentos:

6. La disolución de la EPD;
7. El proceso de licitación; y,
8. La adjudicación de la concesión del servicio a un operador privado, para la conformación de la nueva empresa mixta, que se denominó la Sociedad de Aguas Cartagena (ACUACAR).

Los pliegos de licitación que se prepararon contaban con los mecanismos necesarios para la selección de la empresa que reúna las mejores características económicas, financieras, técnicas y legales. Fundamentalmente se referían a exigencias de experiencia previa en el manejo eficiente de acueductos de por los menos cien mil usuarios y a las ofertas presentadas por las empresas sobre dos variables claves: el costo del gerenciamiento y el financiamiento que el proponente aportaría por sí mismo o por un tercero.

Tres empresas mostraron interés por participar del proceso de licitación, siendo la Sociedad General de Aguas de Barcelona (AGBAR) la que resultó adjudicada. Los fundamentos en que se basó la conformación de la Sociedad de Aguas de Cartagena fueron principalmente: constituida como una sociedad de economía mixta, regulada por las normas de derecho privado, tener como objetivo prestar el servicio de agua potable y saneamiento por un período de 25 años, pudiendo prestar adicionalmente servicios de

aseo urbano y otras actividades asociadas al medio ambiente. Los estatutos de la empresa brindan amplia independencia al operador en materia de gerencia y operación general de la empresa, velando la participación del distrito en materias asociadas con la política general de la empresa y transformación del modelo de gestión.

El Distrito continúa siendo el único responsable por planear y construir todas las obras necesarias para la expansión y mejora del servicio sin que ACUACAR tenga responsabilidad alguna de ello, sin embargo el Distrito tiene la obligación de entregarlos en concesión o usufructo, teniéndolos como un aumento de capital.

Su capital social se integró con el 40% correspondiente a aportes del distrito a título de usufructo de los bienes afectados al servicio de acueducto y alcantarillado, resultando la composición accionaria en 50% perteneciente al Distrito, con acciones Clase A; el 5,19% perteneciente a socios privados colombianos, con acciones Clase B; y el 44,81% restante perteneciente a la compañía AGBAR, en calidad de socio operador, con acciones Clase C.

Los órganos de administración de la empresa son la Asamblea General de Accionistas, presidida por el Alcalde del distrito y presidente del órgano. La Junta Directiva, presidida por el Alcalde y constituida por cinco miembros, dos en representación del distrito, dos por el operador y dos por el resto de accionistas privados. Y finalmente, por el gerente general propuesto por el operador privado.

ACUACAR se compromete a cumplir con indicadores de calidad, presión del agua y atención al cliente, de acuerdo con las normas generales establecidas por la Comisión Reguladora. De igual forma, se compromete a reducir los porcentajes de agua no facturada, subir el índice de recaudación, al igual que adquiere compromisos para la capacitación del personal, desarrollo de un sistema de información y catastro, y en general todo el plan de desarrollo operativo integral para la empresa.

En contraprestación AGBAR recibe un pago trimestral por el gerenciamiento, calculado en función del cumplimiento de metas indicadas, que serán calculados de los ingresos obtenidos por la empresa. Las utilidades líquidas que se generen cada años serán repartidas como dividendos en no menos del 50%, previo a la reserva para la conformación de un Fondo de Reserva de la empresa, destinado a la ampliación o mantenimiento de los activos entregados, y la creación de un Fondo de Reversión, destinado a reintegrar al sector privado los aportes inicialmente realizados.

El régimen tarifario que se aplica fue previamente acordado a la constitución de la sociedad. Es de gran importancia por cuanto permite el autofinanciamiento y el equilibrio económico de los servicios a cargo de la empresa. En el contrato se establece una fórmula de ajuste de la tarifa que garantiza estos principios, y que ACUACAR podrá aplicarlos directamente, sin autorización previa. Para la aplicación de subsidios éstos deberán ser legalmente aprobados por el distrito y adoptados por la nueva sociedad.

5.2. CHILE: UN MODELO DE GESTIÓN PRIVATIZADO

La estrategia de modernización de los servicios de agua potable y saneamiento en Chile se ha caracterizado por un proceso de desarrollo que se ha mantenido durante los últimos treinta años, de las diversas instituciones y funciones que intervienen en la prestación del servicio. El abastecimiento de agua y el saneamiento del sector se caracterizan por ser uno de los mejores a nivel de calidad y cobertura de América Latina. Una de las razones se debe a una extensión progresiva y duradera de la infraestructura que comenzó en la década de 1970. Para el año de 1990, la mayoría de los servicios públicos mejoraron su eficiencia económica y se convirtieron en empresas privadas con una amplia cobertura.

5.2.1. Devenir Histórico

La historia de la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento se pueden resumir en cuatro etapas importantes:

PRIMERA ETAPA: inicia antes del año de 1997, la que se caracteriza por tener una estructura fragmentada del sector, ya que existieron múltiples entidades públicas que prestaban el servicio. Una de las mayores entidades fue el Departamento de Saneamiento Ambiental (Dirección de Obras Sanitarias, DOS), creada en 1953, dependiente del Ministerio de Obras Públicas, que estaba a cargo de las ciudades de Santiago y Valparaíso. Las principales funciones de la Dirección de Obras Sanitarias fueron estudiar, construir, reparar, conservar, explotar y administrar los servicios de agua potable y saneamiento con fondos provenientes del Estado o con sus propios recursos.

SEGUNDA ETAPA: está comprendida entre los años de 1977 a 1988, caracterizada por la concentración de funciones en un ente autónomo del Estado denominada Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS), que fusionó a todas las entidades que operaban en el sector. Por medio de la creación de esta institución se buscó resolver los problemas de falta de institucionalidad, que perjudicaban al sector. Sin embargo, el problema de las múltiples dependencias no se eliminó totalmente porque continuaron existiendo instituciones como la División de Servicios Sanitarios (dependiente del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo), la Empresa de Agua Potable de Santiago y la Oficina de Saneamiento Rural (dependiente del Ministerio de Salud).

El SENDOS fue una institución autónoma del Estado, de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio distinto del Fisco, desconcentrada territorialmente, relacionada con el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas. Conformado por una Dirección Nacional y once Direcciones Regionales. Esta entidad fue responsable por la totalidad de las funciones sectoriales prácticamente de todo el territorio, teniendo a su cargo 11 sucursales regionales⁵³. Pero, la dotación del servicio en

⁵³ www.siss.cl

las dos regiones restantes, Santiago y Valparaíso fueron prestados por la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias (EMOS) y la Empresa Sanitaria de Valparaíso (ESVAL), respectivamente. Las funciones de SENDOS se orientaban a operar y mantener los sistemas sanitarios, para el servicio de las poblaciones urbanas, así como dotar de agua potable a las poblaciones rurales concentradas. Además, poseía funciones de tipo normativo y de fiscalización respecto de las empresas con las que compartía responsabilidades en el sector.

El desarrollo del sector durante esta etapa fue notorio, se recuperaron los niveles anuales de inversión y se logró aumentar la cobertura de agua potable y la recolección de las aguas servidas. Paralelamente se realizó un proceso de ajuste progresivo de las tarifas sobre la base de los costos contables de los servicios, que permitió superar la situación de insolvencia de las empresas en operación y mantenimiento.⁵⁴

TERCERA ETAPA: comprendida desde el año 1988 a 1990, momento en que el pueblo de Chile vía referéndum niega la permanencia del General Augusto Pinochet, en el poder significó el comienzo de la democracia en ese país. Durante esta etapa se da una serie de reformas legales, conocidas como las Reformas Sanitarias, además de la creación de nuevas instituciones cuyos objetivos principales fueron la auto-financiación que debían lograr los prestadores del servicio, propiciando un funcionamiento más eficiente; y un abastecimiento y cobertura más amplios a nivel nacional.

Inicialmente las compañías regionales siguieron siendo públicas, pero la visión a futuro fue prepararlas para iniciar el proceso de privatización. Lo que se buscaba es permitir que esas compañías alcanzaran un buen nivel de autosuficiencia financiera, por medio del incremento de las tarifas, la mejora de su eficiencia y aumento en la cobertura. Sin embargo, otras compañías regionales fueron transformadas en sociedades anónimas.

⁵⁴ www.siss.cl

Para el año de 1990 se crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, por medio de la Ley N° 18.902 como parte de la reestructuración de los servicios sanitarios del país. Fue un ente público, descentralizado, con atribuciones normativas, de control y sancionatorias, y con el objeto que cumpla funciones de regulación y control estatal de este sector, responsable de la legislación vigente de la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios y del cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y el control de los residuos industriales líquidos, aparte de la determinación de las tarifas por los servicios regulados.

CUARTA ETAPA: comprende desde el año de 1998 hasta la actualidad, que tuvo como objetivo la transferencia a la iniciativa privada de las actividades de operación y comercialización de los servicios y fortalecer la función de regulación que debe ejercer el Gobierno. En 1998 durante el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle se modifica a la Ley General de Dirección de Agua y Saneamiento, para promover la participación del sector privado. Es así como, posteriormente todas las sucursales regionales de SENDOS, así como el agua y saneamiento de Santiago y Valparaíso fueron privatizadas.

El proceso de privatización comenzó por las mayores empresas regionales. Por su parte, la participación del sector privado se produjo en dos formas diferentes que llevaron a cabo en dos etapas. La primera de ellas fue desde 1998 a 2001 cuando las mayores empresas fueron privatizadas, por medio de la venta de todo su capital accionario a entes privados. La segunda etapa, que no es propiamente una etapa de privatización, arranca desde el año 2001 en que se decide detener la venta de las empresas, para solo entregar en concesión los derechos de las empresas a los entes privados, por un lapso de 30 años. Es así como, siete empresas que fueron entregadas en concesión se fusionaron en el 2005 con el nombre de Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta S.A. (ESSAN).

Todo este proceso de transformación se llevó con bastante estabilidad, entre las razones que se halla la preparación previa que se le dio al proceso, además de la implementación de las Reformas Sanitarias. De igual forma, un factor que explica la continuidad de las

políticas del sector durante las diversas administraciones, es el hecho de que todos los Presidentes desde la entrada a la democracia en Chile, han pertenecido a la misma corriente política denominada Partidos por la Democracia.

Los beneficios que se lograron a primera vista fueron una mayor inversión en las empresas, el aumento de su productividad laboral y un aumento de las tarifas, que ha sido aceptada por la ciudadanía por los altos índices de calidad y mejoramiento del servicio.⁵⁵

Durante los últimos gobiernos de Chile, el de Ricardo Lagos (2000-2006) y actual de Michelle Bachelet, se ha mantenido la estructura institucional básica del sector, que se ha venido empleando por los anteriores gobiernos, en base a la prestación de un servicio de agua potable y saneamiento privado, con subsidios y una regulación autónoma. Los derechos y obligaciones de los prestadores del servicio se encuentran claramente definidos en las leyes y en los respectivos contratos de concesión, siendo su principal obligación la de garantizar la continuidad y calidad del servicio.

El marco legal para regular el funcionamiento de concesiones existentes y el otorgamiento de concesiones, se encuentra contenido en la Ley General de Servicios Sanitarios y su respectivo reglamento. Se establece una modalidad de gestión del sector mediante el otorgamiento de concesiones a sociedades anónimas, pudiendo ser otorgadas para explotar etapas individuales o integradas del servicio. “El plazo por el que se otorga la concesión es indefinido, sin perjuicio de su caducidad conforme a lo establecido en la ley.”⁵⁶

El abastecimiento del servicio las zonas urbanas de Chile se proporciona por 53 entidades, pero la Ley con la finalidad de impedir la concentración de la propiedad en el sector de agua potable y saneamiento ha calificado a los proveedores en tres categorías

⁵⁵ es.wikipedia.org

⁵⁶ Ley General de Servicios Sanitarios, artículo 7.

según el porcentaje de la población atendida por ellos. Ninguna persona o sociedad tiene derecho a poseer más del 49% de las empresas dentro de una categoría. Las tres empresas más grandes prestadoras del servicio son: Aguas Andinas, operadora de la ciudad de Santiago de Chile; la empresa de Servicios Sanitarios del Bio-Bio ESSBIO, operadora de la sexta región y octava región; y, la Empresa Sanitaria del Valparaíso ESVAL, operadora de la región de Valparaíso.⁵⁷

5.2.2. Organismos de Control, Regulación y Fiscalización

La regulación de los servicios de agua potable y saneamiento en Chile es realizada en tres planos, económico, ambiental y sanitario, por el siguiente conjunto de entidades públicas:

6. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (MEFR): que tiene como misión el fomento y la fiscalización de las actividades en los sectores de la industria, los servicios y el comercio. Su principal función vinculada al sector del agua potable y saneamiento, es la fijación de los precios regulados para todas las operadoras del servicio.
7. Ministerio de Obras Públicas: responsable por la administración de la legislación en materia de recursos hídricos, el otorgamiento de los derechos del agua y la aprobación de los trámites de venta y transferencia de los mismos. Igualmente, es responsabilidad del MOP la aprobación de los derechos de concesión para establecer, construir y explotar servicios sanitarios, de acuerdo con la Ley General de Servicios Sanitarios.

⁵⁷ FIACHER Ronald y SIERRA Pablo, Efectos de la privatización de los servicios públicos en Chile: casos sanitario, electricidad y telecomunicaciones, www.webmanager.cl, junio de 2003, artículo

- Ministerio de Salud: que tiene bajo su responsabilidad establecer normas de calidad para el agua de consumo humano y para los sistemas de disposición de aguas servidas.

5.2.2.1. Superintendencia de Servicios Sanitarios

La Superintendencia es el ente que le confiere armonía y coherencia a las decisiones sectoriales al asumir las funciones técnicas en el análisis y propuesta de las principales competencias de los otros ministerios. Es ella la entidad responsable por realizar estudios y propuestas en materia de fijación de tarifas para la aprobación definitiva.

Es una entidad descentralizada, dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Obras Públicas, bajo la vigilancia del Presidente de la República. La actuación de la Superintendencia comprende las siguientes funciones:

- El estudio, proposición y control del cumplimiento de las normas técnicas de diseño, construcción y explotación de los servicios sanitarios;
- Determinar las tarifas máximas a cobrar por los servicios que prestan las empresas sanitarias (agua potable y alcantarillado de aguas servidas), efectuando los estudios correspondientes y velando por el cumplimiento de los procesos tendientes a su cálculo, de conformidad a la ley;
- Analiza, califica y gestiona las solicitudes de concesión de servicios sanitarios (producción y distribución de agua potable y recolección y disposición de aguas servidas), o sus ampliaciones, transferencias y licitaciones públicas, tanto desde el punto de vista del cumplimiento de las formalidades y solemnidades de acuerdo a la ley, como la evaluación de los requisitos técnicos, económicos, y jurídicos;
- Fiscaliza el cumplimiento por parte de las empresas sanitarias de las normas referidas a las condiciones de prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado y el tratamiento de las aguas servidas, así como la correcta

aplicación de las tarifas correspondientes, el cumplimiento de los planes de inversión y el respeto a los derechos de los usuarios; y,

- Realiza el control de los residuos industriales líquidos.

5.2.3. Régimen Tarifario

El modelo de regulación chileno se ha diseñado mediante la implementación de un régimen tarifario que incentiva el autofinanciamiento y la eficiencia a largo plazo. Este modelo se basa en la consideración de que sólo empresas financieramente solventes pueden garantizar un servicio adecuado tanto en términos de calidad como de cobertura.

Los lineamientos generales para la fijación de tarifas se encuentran definidos en el Decreto con Fuerza de Ley N. 70/88: Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios, según el cual, la Superintendencia determina las fórmulas tarifarias basándose en la simulación del comportamiento de una empresa modelo para la gestión y ejecución de los planes de expansión de los prestadores. Las tarifas se calculan considerando los costos correspondientes a las diversas etapas del servicio sanitarios, esto es, producción, tratamiento, distribución de agua potable, recolección y disposición de agua servidas.

Con fundamento en estas disposiciones de carácter general, el Reglamento de la Ley de Tarifas ha definido a la empresa modelo como una *empresa prestadora de servicios sanitarios diseñada con el objetivo de proporcionar en forma eficiente los servicios sanitarios requeridos por la población, considerando la normativa y reglamentación vigente y las restricciones geográficas, demográficas y tecnológicas en las cuales deberá enmarcar su operación.*⁵⁸

⁵⁸ Reglamento a la Ley de Tarifas de 1989, artículo 27.

Las fórmulas determinadas por la Superintendencia son puestas en conocimiento de prestadores, quienes tienen la facultad de realizar sus propios estudios. En caso de discrepancias entre los criterios fijados por la Superintendencia y los estudios realizados por los prestadores el asunto es sometido a una comisión de expertos cuya decisión será definitiva y obligatoria para las partes. Una vez concluido el proceso de cálculo tarifario y acordado un esquema con las empresas operadoras, la propuesta de tarifas a aplicar es enviada al MERF para sus comentarios y aprobación final.

A pesar de los logros en la implementación de un modelo de determinación de tarifas, el sistema de empresa modelo ha sido objeto de desacuerdo, por cuanto la aprobación de tarifas muchas veces no guardan adecuada relación con la realidad de las empresas, ya que la Superintendencia no dispone de información suficiente para determinar los costos de una empresa modelo para cada uno de los sistemas.

Con relación al régimen aplicable a los subsidios, el sector cuenta con la Ley de Subsidios, que establece los términos en que se entrega a los usuarios de escasos recursos un subsidio directo del pago de los consumos de agua potable y servicios de alcantarillado. Este régimen tiene como características:⁵⁹

- Es administrado por las municipalidades quienes seleccionan a los postulantes e informan a las empresas sanitarias la nómina de usuarios favorecidos;
- La factura refleja en forma separada el monto que será pagado por la municipalidad a la empresa sanitaria;
- Que el solicitante cuenten con ciertos requisitos: que el grupo familiar tengan imposibilidad de pagar el valor de las prestaciones, que el solicitante se encuentre al día en el pago de sus obligaciones, entre otros;

⁵⁹ www.mideplan.cl/casen

- Los costos de operación y las inversiones de las empresas sanitarias son financiados en su totalidad por medio de las tarifas, sin aportes o transferencias provenientes del Estado; y,
- Para localizar a aquellas personas, se usa los datos de la encuesta CASEN (Caracterización Socioeconómica Nacional), que se lleva a cabo cada dos o tres años.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES

1. El Ecuador en los años noventa inicia un proceso de modernización y reformas institucionales, como consecuencia del proceso de globalización, que obligó a los gobiernos de turno a posicionar al Estado como un ente contralor y regulador de procesos de privatización y concesión de servicios públicos a los entes privados, a fin de que el Estado centre sus funciones en todas aquellas actividades indelegables y obtenga recursos.
2. La delegación surge como una excepción al principio de improrrogabilidad, en aras de fomentar la descentralización y desconcentración de competencias. La concesión es una forma por medio de la cual la Administración Central encomienda la prestación de un servicio público a un ente particular a cambio de una retribución.
3. Privatización y concesión, a pesar de ser términos que implican diferentes significados, por cuestiones políticas y coyunturales han sido confundidos o malinterpretados. Para los países anglosajones, privatización es lo mismo que concesión, la facultad de transferir competencias, mientras que para los países latinoamericanos especialmente, implica la enajenación o transferencia del dominio de un bien o prestación de un servicio.
4. Nuestra legislación también ha incurrido en esta malinterpretación, tal como se desprende del Proyecto Ley Orgánica de los Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua, al prohibir toda forma de privatización del agua, ejemplificando la delegación de la prestación del servicio público del agua potable, que contradice lo que por mandato constitucional se faculta en los artículos 315,316 y 318.
5. Tanto concesión como privatización son herramientas de la administración que deberán ser empleadas por cada Estado, según la conveniencia. Sin embargo, se debe concesionar cuando el Estado no alcance a cubrir el servicio, en aras de

propender a una mayor calidad y eficiencia del servicio, siempre por medio de procesos licitatorios, que permitan escoger al mejor proponente, además de la necesidad de contar con la normativa suficiente que garanticen la transparencia del proceso.

6. A partir de la entrada en vigencia de la actual Constitución se garantiza el acceso al agua como un Derecho Fundamental, el cual no puede ser vulnerado y menos por razones de tipo económico, sin embargo una de las potestades del prestador del servicio o del concesionario es la de suspender el servicio por morosidad luego de un cierto tiempo de no pago del usuario, atentándose contra este derecho. La defensa que le queda al usuario sería el planteamiento de una Acción de Protección.
7. El agua es un líquido vital, por medio del cual se garantiza el buen vivir, la soberanía alimentaria y la salud de las personas, tiene gran importancia, que hasta organizaciones a nivel mundial, como el Foro Mundial del Agua, tratan sobre ella. En el último foro celebrado en Estambul, se pretendía definir al agua como Derecho Fundamental, sin embargo logró determinarse tan solo como una Necesidad Básica, que generó inconformidad en diversos países.
8. La compañía de economía mixta es aquella donde confluyen los aportes de las Entidades Privadas y del Sector Público, sometidas a un régimen de Derecho Privado, bajo una finalidad de interés general. La Constitución determina que las compañías de economía mixta podrán ser conformadas para la prestación de servicios públicos y sectores estratégicos, siempre que el Estado cuente con la mayoría accionaria.
9. La Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito es la empresa municipal encargada de la prestación del servicio de agua y alcantarillado de Quito desde el 1960, creada por medio de la Ordenanza Municipal N° 932. A lo largo de su eficiente trayectoria ha logrado prestar un servicio de óptima calidad, alcanzando a

cubrir casi al 98% de la población con agua potable y un 93% en alcantarillado, sin embargo le resulta necesario para la financiación de nuevos proyectos, la inversión de de órganos multilaterales u otros mecanismos, que podrían ser la participación del sector privado.

- 10.** En el año de 2002 surge la iniciativa de concesionar el servicio de las Parroquias Orientales de Quito a una compañía de economía mixta, en donde la EMAAP-Q tendría el 5% del capital accionario, pero por presiones políticas el proyecto se suspende en el 2007, siendo el primer proyecto de esta índole en nuestro País, que hubiere proporcionado grandes beneficios para la colectividad.

- 11.** En el caso de que el Presidente sancione el Proyecto de Ley de Empresas Públicas, las compañías de economía que estarán dentro del rango de empresas públicas, sometidas al control y vigilancia de la Contraloría General del Estado, bajo el amparo legal de esta Ley, consecuentemente saldrán del régimen del Derecho Privado, que se empleará de manera supletoria, sin determinarse qué pasará con las disposiciones contenidas en la Ley de Compañías.

- 12.** El estudio de la legislación comparada, como el caso de Chile que emplea un modelo de gestión privatizado o de Colombia que tiende a la gestión mixta, ha demostrado en ser modelos eficientes, que brindan mayor cobertura, calidad y eficiencia en cuanto a la prestación del servicio, indicándonos que la intervención del capital privado resulta beneficioso tanto para el Estado, la entidad privada y el usuario.

- 13.** Los beneficios que resulta de contar con los entes privados en la prestación de servicios públicos son mayor eficiencia y calidad, se permite que el Estado se enfoque en su función de ente regulador y controlador, hay un deslinde del tinte político, mayor inversión del privado, para que el Estado se quede con la infraestructura, se incentiva

al mercado a ser más competitivo, se protege al usuario y se garantiza sus derechos, estabilidad laboral para trabajadores y posibilidad de ser accionista, existe la posibilidad de acceder a mayores ingresos fiscales, además que el privado consigue sus propias inversiones.

14. Todo proceso económico, sin excepción alguna en el mundo, requiere de inyección permanente de recursos, sin que los provenientes del Estado sean los únicos, ni que se hallen totalmente garantizados; por ello, es necesaria la presencia del sector privado por medio de la constitución de empresas de economía mixta, y con el tiempo no demorarán en ser imprescindibles aquellas empresas puramente privadas, pues históricamente está demostrado que la totalización del Estado en la prestación de servicios públicos no garantiza calidad en la prestación ni aumenta la cobertura.

6.2. RECOMENDACIONES

1. El Estado desde siempre ha necesitado la participación de los entes privados, para que intervengan en el desarrollo económico, por cuanto él por sí solo no puede ejercer todas las funciones. Esto se ha demostrado a lo largo de la historia, cuando se han adoptado modelos centralistas o nacionalistas, por lo que recomiendo como una buena opción el modelo de gestión mixto, por medio de la constitución de compañías de economía mixta sujetas al Derecho Privado, para la prestación de servicios públicos, donde por mandato Constitucional el Estado deberá contar con la mayoría accionaria.
2. Para ello, considero que se deberían establecer y crear normas adecuadas que permitan la estabilización y desarrollo de los modelos de gestión, que aseguren eficiencia, protejan al usuario, fomenten la libre competencia, por medio de tarifas adecuadas.

3. De la misma manera como resolvió la Corte Constitucional de Colombia, creo necesario que la Asamblea les otorgue a las compañías de economía mixta prestadoras de servicios públicos o sectores estratégicos, un régimen jurídico y naturaleza jurídica especial, ya que al ser *sistemas híbridos*, deberán tomar normas del Derecho Privado, Público o crearán nuevas instituciones.

4. Es importante que los asambleístas tengan en claro las diferencias entre privatización y concesión, a fin de que los cuerpos normativos no incurran en malinterpretaciones, usos anti-técnicos de los términos, que confunden a la ciudadanía, y podrían impedir que procesos como concesiones se efectúen.

BIBLIOGRAFÍA:

- BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1990.

- BUITRÓN, Ricardo, La Concesión como estrategia de privatización, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2008.

- BRUNETTI, Antonio, Sociedades Mercantiles, Tomo 2, Sociedad Anónima, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.

- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1981.
- CEVALLOS Vásquez, Víctor, Nuevo Compendio de Derecho Societario, Tomo II, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2008
- Comisión Andina de Juristas, Servicios Públicos, privatización, regulación y protección al usuario en Chile, Colombia y Perú, Lima, 1998.
- CORRALES, María Elena, El Reto del Agua, Cambios Institucionales en los Servicios Públicos por Redes, Editorial Galac, Caracas, 1998.
- DONAHUE, John D., La Decisión de Privatizar, Fines Públicos, Medios Privados, Ediciones Paidós, Barcelona, 1991.
- DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 9º edición, Editorial Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 2001.
- FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, Diccionario de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A., México 2006.
- GRANJA Galindo, Nicolás, Fundamentos de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica del Ecuador, Cuarta Edición, Quito, 2000.
- GIRÓN Tena, José, Las Sociedades de Economía Mixta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Instituto Francisco de Vitoria, Editorial Samarán, Madrid, 1942.
- GHERSI, Carlos Alberto, Contratos Civiles y Comerciales, Parte General y Especial, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 2006.
- GLADE, William, Privatizaciones en Empresas Públicas en América Latina, Editorial Gernika, México, 1995.
- GONZÁLEZ, Edgar, Regulación, competencias y gestión descentralizada de los proyectos de vías, agua potable y saneamiento básico, educación y salud: El caso Colombia, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social ILPES, Santiago de Chile, 1995.

- HACHETTE Dominique y LUDERS Rolf, La Privatización en Chile, Centro Internacional para el Desarrollo Económico (CINDE), Tercera Edición, Chile, 1994.
- KLAS Ringskog, Emanuel Idelovitch, Private Sector Participation in Water Supply and Sanitation in Latin America, The World Bank, Washington D.C., 1995.
- Real Academia de la Lengua, “Diccionario de la Lengua Española”, Tomo 9, 22^o Edición, Editorial Rotapapel, S.L., España.
- Revista Andesco N°16, Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y Actividades Complementarias e Inherentes, junio 2008.
- RON Bautista, Fernando, Historia Mundial y Significado de las Compañías Mercantiles, Estudio Legal Societario Comparado, Quito, 1992.
- SARMIENTO Jorge, Concesión de Servicios Públicos, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- ZARY, Julio, ¡El Agua! y Quito, Editorial Conejo, Quito, 2009.

Leyes:

- Legislación Ecuatoriana:
 - Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.
 - Constitución de la República del Ecuador de 2008.
 - Codificación de la Ley de Compañías.
 - Ley General de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.
 - Reglamento a la Ley General de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.
 - Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

- Ley Orgánica del Régimen Municipal.
- Código Municipal.
- Legislación colombiana:
 - Constitución Política de 1991
 - Ley N° 142 de 1994
 - Sentencias de la Corte Constitucional: C-483/96 y C-736/07
- Legislación chilena:
 - Ley General de Servicios Sanitarios de 1989
 - Ley de Tarifas de 1988
 - Reglamento a la Ley de Tarifas de 1989
 - Ley de Subsidios de 1988

Publicaciones de Internet:

- El V Foro Mundial del Agua busca soluciones al aumento de la demanda del preciado líquido, www.consumer.es/web/es/medio_ambiente/2009/03/16/184056.php, 16 de marzo de 2009.
- FISCHER, Ronald y SIERRA Pablo, Efectos de la privatización de los servicios públicos en Chile: caso sanitario, electricidad y telecomunicaciones, www.webmanager.cl, junio 2003.

- OCHOA, Francisco, Modelo Colombiano de Tarifas y Subsidios, www.arsesp.sp.gov, Sau Pablo, 17 de abril de 2009.
- ERROZ, Patricia, El Consejo Mundial del Agua defiende que el agua es un bien "imprescindible" a pesar de la crisis económica, www.europapress.es/epsocial/politica-social/noticia, 19 de marzo de 2009.
- RIEGO, Pilar, ¿El agua derecho o necesidad?, www.vegamediapress.es/noticias/index, 29 de marzo de 2009.
- RODRÍGUEZ, Rosa, ¿Quién dijo alguna vez hasta aquí la sed, hasta aquí el agua?, publicación obtenida del Periódico Tintají, www.altercom.org, 17 de septiembre de 2004.