

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

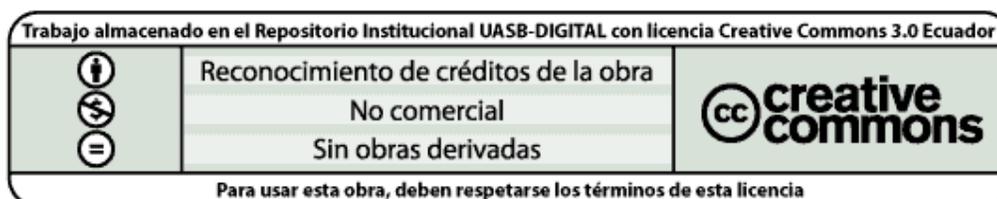
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Administrativo

Naturaleza jurídica de las contrataciones bajo el mecanismo de giro específico del negocio de bienes y servicios internacionales, utilizado por las empresas públicas en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Milton David Morales Palacios

Quito, 2016



**CLÁUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE
TESIS/MONOGRAFIA**

Yo, **Milton David Morales Palacios**, autor de la tesis intitulada **Naturaleza jurídica de las contrataciones bajo el mecanismo de giro específico del negocio de bienes y servicios internacionales, utilizado por las Empresas Públicas en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Máster en Derecho Administrativo, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo

Naturaleza jurídica de las contrataciones bajo el mecanismo de giro específico del negocio de bienes y servicios internacionales, utilizado por las Empresas Públicas en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Autor: Milton David Morales Palacios

Tutor: Marco Antonio Morales Andrade

San Francisco de Quito Distrito Metropolitano-Ecuador, 2016

RESUMEN

Las exigencias sociales y las correlativas necesidades gubernamentales de satisfacerlas, han contribuido al fortalecimiento del rol del Estado en la economía. Bajo el nuevo marco Constitucional, este rol se ha visto impregnado en el desarrollo de plataformas, espacios oportunos y prósperos para la operativización de las más diversas formas organizativas de gestión gubernamental.

Dentro de estas, se destaca la creación de Empresas Públicas, figura de Derecho Administrativo la cual, de conformidad al artículo 261 de la Carta Magna, es de su competencia exclusiva, la prestación de servicios públicos, ejercer el control y explotación de los sectores estratégicos, y emprender actividades empresariales dentro de su giro de negocio.

Es en este sentido, en la Ley Orgánica de Empresas Públicas y de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se da vida e instrumentalizan las distintas actividades, figuras legales, modalidades de contrataciones, alianzas, entre otras actividades, por las que puede optar la Empresa Pública para la adquisición de sus bienes, servicios, consultorías, obras, entre otros bienes y servicios, que le permitirán cumplir a cabalidad su objetivo de creación.

Una de las modalidades creadas para el ejercicio de las actividades propias de una Empresa Pública, plasmadas en los artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP y 104 del Reglamento de la LOSNCP, son las **contrataciones de giro específico del negocio**, modalidad a la que el Legislador le adeuda un desarrollo normativo mucho más específico y abundante, pues no se establece el procedimiento local e internacional concreto para su ejecución, he ahí el problema de investigación propuesto, ya que esta modalidad se utiliza para las contrataciones en el estrato internacional, sometándose en algunos casos los contratos y sus correlativas obligaciones, a las legislaciones de los países que proveen el bien, servicio, obra y consultoría.

En este sentido el Derecho Administrativo, como herramienta y rama del Derecho Público indispensable en la vida de la administración pública, se ha acoplado en una lucha que algunos tratadistas llaman, *huida del Derecho Administrativo*, lo que en derecho privado sería el giro específico del negocio, siendo las empresas estatales quienes más recurren a dichas prácticas cuando sus necesidades empresariales así lo exigen.

Dedicatoria

A mis padres por su apoyo incondicional desde el inicio de la maestría, quienes junto a mi esposa han sido fuente de toda inspiración y fortaleza.

Agradecimientos

A mis maestros y en especial a la familia Morales Andrade, por sus enseñanzas en el transcurso de la elaboración del presente trabajo, quienes han ayudado en la construcción de las nuevas teorías aquí planteadas, aportando de esta manera a la generación de nuevos conocimientos en el campo del Derecho Administrativo.

Tabla de Contenido

Capítulo Primero EMPRESA PÚBLICA

1.1.- Empresa Pública, origen económico y constitucional, definición y sectores estratégicos	9
1.1.1.- Los fines económicos del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, Rol del Estado en la economía	9
1.1.2.- La intervención del Estado en la Economía	18
1.1.3.- La Constitución Económica en el Ecuador	27
1.1.4.- Definición de empresa pública.....	32
1.1.5.- Características de la Empresa Pública	39
1.1.6.- Tipos de Empresas Públicas y su actividad empresarial	46
a) Por su Capital	46
b) Por el objeto, sector y actividad a desarrollar	47
b.1) Empresas públicas dedicadas a la prestación de Servicios públicos	48
b.2) Empresa públicas dedicadas al desarrollo de otras actividades económicas	49
1.1.7.- Las Empresas Públicas y los Sectores Estratégicos	50
1.2.- Tipos de contrataciones de la Empresa Pública	59
1.2.1.- Contrataciones administrativas y contrataciones de régimen de giro específico de negocio	62
1.2.2.- Contrato administrativo, definición naturaleza y clasificación.....	64
2.1- Naturaleza jurídica de las contrataciones por giro específico del negocio.	67
2.1.1.- Definición de giro específico del negocio.....	69
2.1.2.- Características de las contrataciones por giro específico del negocio.	79
2.1.2.1 Características en base a las diferencias con el contrato administrativo	79
2.1.2.2 Mutabilidad	80
2.1.2.3 El objeto de los contratos de giro específico de negocio.....	81

2.1.2.4 Especialidad	81
2.1.2.5 Jurisdicción y controversias	82
2.1.2.6 Principios aplicables a las contrataciones por giro específico de negocio	83
2.1.2.7 Actividad empresarial	84
2.1.2.8 Actividad empresarial y el interés público	85
2.1.2.9 Naturaleza.....	86
2.1.3.- Régimen jurídico que regula las actividades de giro específico del negocio de las Empresas Públicas.....	88
2.1.3.1.- La Constitución de la República del Ecuador y las contrataciones especiales de régimen de giro de negocio	93
2.1.3.2.- La LOSNCP y su Reglamento de aplicación, normativa que da paso a las contrataciones de giro de negocio	93
2.1.3.3.-La Ley Orgánica de Empresas Públicas-LOEP-, regulación a las contrataciones de giro de negocio de las EP	98
2.1.3.4.- Análisis de normativa expedida por el SERCOP, que regula las contrataciones de giro de negocio de las EP.....	100
2.1.3.5.- Contratos de giro de negocio. Cláusulas y acuerdos que pueden crear obligaciones y derechos entre las partes.....	103
2.2.- Contrataciones por giro específico del negocio de bienes y servicios internacionales por el mecanismo de giro específico del negocio de las empresas públicas.	107
2.2.1.-Introducción necesidades de las EP	108
2.2.2.-Definición de las contrataciones de giro específico de negocio internacional.....	111
2.2.3.-Normativa que regula las contrataciones de giro específico de negocio internacional.....	116
2.2.4.-Procedimiento de contratación internacional de giro de negocio	117
2.2.5.-Casos prácticos de E.P que contrata por giro de negocio	119
Conclusiones y recomendaciones	123
a) Conclusiones	123
b) Recomendaciones	125
Bibliografía	127

Capítulo Primero EMPRESA PÚBLICA

1.1.- Empresa Pública, origen económico y constitucional, definición y sectores estratégicos

1.1.1.- Los fines económicos del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, Rol del Estado en la economía

La Constitución de 2008 fortalece el rol del Estado en la economía. Conforme lo establece la Carta política¹ este rol debe orientarse a garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales y fundamentales del ser humano, del ambiente, en armonía con el mercado. Para el efecto, se considera que el Estado debe desarrollar una adecuada planificación.

En palabras del Doctor Marco Morales Tobar en su Manual de Derecho Procesal Administrativo, señala que *“la consecución de los objetivos del Estado debe estar sustentada en una debida planificación administrativa. Dromi conceptualiza a la planificación como [la técnica instrumental y operativa que indica el proceso idóneo que debe seguirse, respecto de acciones futuras, orientadas a la concreción de objetivos por medios óptimos] (p.1014)²”*

Mientras la Constitución ecuatoriana de 1998, vigente hasta el 19 de octubre de 2008, incluía en sus artículos 254 y 255 disposiciones generales sobre planificación económica y social, la actual Constitución especialmente en sus artículos 275, 279 y 280 fortalece el sistema nacional de planificación, destacando el carácter participativo que se debe desarrollar entre la sociedad, el mercado y el Estado; y la correlativa intervención de este último sujeto en distintos niveles de gobierno, sociales, económicos y territoriales. Crea además un Consejo Nacional de Planificación y dispone que este organismo estatal formule en consenso con los demás sujetos y elementos del Estado, incluyéndose un Plan Nacional de Desarrollo vinculado al Presupuesto General del Estado. Este plan es de

¹Constitución de la República del Ecuador, (Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008), artículo 283, 163.

²Marco Morales Tobar, Manual de Derecho Procesal Administrativo (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 427.

obligatorio cumplimiento para el sector público e indirectamente se convierte en una guía para los demás sectores económicos dentro de un como el privado, pues permite conocer las metas económicas que se tratarán de alcanzar en el ejercicio económico.

Dentro del Sistema de Planificación, en la Constitución de 1998 se hacía referencia a la intervención del Estado en la economía, a través de proyectos de desarrollo privativo estatal, a través de la inclusión de sistemas de fomento (subsidios para sectores productivos), así como con la implementación de distintos tipos de empresas, indicando que su propiedad y gestión podía ser privada, pública, mixta, comunitarias o de autogestión.

La Constitución de 2008, por su parte, desarrolla, consolida y determina cada una de estas, en formas de organización económica³ vinculadas a distintos tipos de sectores financieros y tipos de propiedad. Entre estas formas de organización económica, la Constitución da preeminencia a la economía pública y a la comunitaria, que la Constitución de 2008 llama popular y solidaria.

En cuanto a la economía pública y como llegar a su ejecución, la Constitución actual regula con mayor detalle, que la de 1998, la organización y control de las empresas públicas⁴. A este tipo de empresas corresponde la gestión de sectores estratégicos como energía, telecomunicaciones, recursos naturales no renovables, entre otros, así como la prestación de servicios públicos, tal como se explicita en los artículos 313 y 314 Constitucionales. Solo excepcionalmente y mediante Ley estas prestaciones pueden delegarse a empresas mixtas, comunitarias o privadas.

Luego de esta breve introducción y comparaciones entre las dos Constituciones que dominó y domina las dos últimas décadas, es necesario referirse a la historia del rol del Estado en la economía, con sus constantes cambios e influencias, determinadas por el momento político, social y económico, para conocer, a breves rasgos, cuales son los

³ Véase artículos 283 y 319 de la Constitución de la República del Ecuador, (Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008), 163-194.

⁴ Constitución de la República del Ecuador artículo 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 el 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.

antecedentes que han permitido concretar la intervención y rol de la actual política empresarial del Estado en la economía basada en un Estado de Derechos y Justicia.

El Doctor Efraín Pérez en su tratado de Derecho Administrativo, da una breve referencia de lo que se vivía en el país a mediados de los años 1940 y 1950, que se proyectó hasta entrados los años 90 en la economía y actividad económica estatal ecuatoriana, punto de partida histórico del rol del Estado en la economía, así explica en relación a una economía enfocada a la empresa pública que:

“La planificación surge a mediados de siglo como complemento al papel de fomento que se asigna al Estado, en el estímulo y orientación de las actividades productivas y la orientación de las inversiones estatales y del gasto público, a cargo de la Junta Nacional de Planificación, después Consejo Nacional de Planificación (CONADE). La creación desde aquella época de algunos ministerios existentes en la actualidad responde a la necesidad de administrar “leyes de fomento” que ofrecen estímulos principalmente tributarios, pero también de diferente naturaleza, además de los créditos subsidiados, orientados a sectores y áreas productivas selectas; que son todas estas políticas abandonadas por sus resultados magros durante el cuarto de siglo del tiempo de su vigencia aproximada.”⁵

Superficialmente el autor analiza el inicio empresarial del Estado a mediados del siglo XX y da una pauta importante que abona a la comprensión de la planificación económica y del rol del Estado, siendo importante destacar que si bien no existía, sino hasta entrados los años 90, un instituto de planificación nacional, el Estado poseía atributos y responsabilidades en la ejecución de actividades productivas, recordando que dichas atribuciones surgen de la proliferación de estímulos y políticas económicas que en su mayoría venían heredadas de la forma de Estado que se practicaba; y, otras de la influencia internacional de organismos multilaterales de fomento, sobre todo de las organizaciones a las que el Ecuador era suscriptor y los tratados a los que era signatario.

⁵ Efraín Pérez, Derecho Administrativo tomo I (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 21.

En base a lo expuesto, existe un factor realmente relevante en un punto de la historia que le otorga al Estado ecuatoriano el papel de motor de desarrollo, y este se basa principalmente en las políticas internacionales que se acogían con real agrado en los gobiernos de turno a mediados de siglo XX, así Pérez continuando con su idea anterior señala que el papel del Estado como motor del desarrollo, concepción generalizada en la región a mediados del siglo y acogida entusiastamente por los bancos internacionales de desarrollo, **involucró al Estado en actividades productivas a través de empresas públicas y sociedades de economía mixta**, en los más variados campos económicos, incluyendo hidrocarburos y electrificación, comercialización y almacenamiento de alimentos básicos, hoteles turísticos y la empresa pesquera, así como la forestación⁶.

Este hecho se convirtió en el punto de inicio para que el Estado intervenga con mayor influencia en la economía del Ecuador, para lo cual el aparato estatal creció ya que eran necesarias nuevas unidades administrativas y ministerios que se encarguen de la administración y ejecución de programas de desarrollo y asistencia local de servicios públicos, lo cual a decir del autor es una tendencia propiciada por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo.

En este sentido luego de haber probado las recetas económicas de desarrollo, preestablecidas por los organismos internacionales antes citados, el fin de siglo en Ecuador tiene como características relevantes un gran impulso político y legal hacia la privatización, el resurgimiento de la concesión para delegar servicios públicos y la descentralización, con lo cual se intentó cambiar en alguna forma las recetas de desarrollo económico local, mejorando las condiciones para la participación de la iniciativa privada en la economía.⁷ Sin embargo como se conoce del desarrollo histórico no prosperó la idea privatizadora.

En base a lo desarrollado, es prudente arrancar con el análisis de la situación económica y **los fines económicos del Estado** ecuatoriano, que se relacionan a su rol en la economía. Examinada la Constitución aprobada en el 2008 se plantea un nuevo

⁶ Efraín Pérez, Derecho Administrativo tomo I (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 22.

⁷ *Ibíd.*, 22.

sistema de administración, políticas y visión a través de la generación de estrategias encaminadas a la administración económica social y solidaria del mercado y la política fiscal.

El modelo propuesto para finales de los años 70 era el de liberalismo económico, que en resumidas cuentas y de lo que expone el doctor Pérez permitió emerger inclusive a nuevos actores privados y elementos exógenos en la economía. Es en este periodo donde se impulsó a los particulares y las empresas privadas para que logren un desarrollo sustentable, concepción generalizada en la región Latinoamericana, en donde se acogieron las políticas del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial a través de la promoción, otorgamiento de créditos y creación de proyectos que en algunos casos eran liderados por el Estado.

La influencia de organismos económicos internacionales, con la mediación de las recetas económicas de bancos y de entidades como el Fondo Monetario Internacional⁸, fue amplia y de carácter regional permitiendo que nuevas figuras y actores económicos surjan en las economías locales, inclusive fue importante para que los Estados se estabilicen y lleguen a involucrarse paulatinamente en actividades productivas a través de empresas públicas y sociedades de economía mixta, o empresas de carácter privado como las sociedades anónimas que proliferaron en el Ecuador a partir de los años 90 y que fueran creadas por el propio Estado, figuras empresariales preferidas para el desarrollo macro económico local.

Luego de comprender el marco histórico y evolutivo de los fines económicos del Estado, en sus inicios y el enfoque actual del rol del Estado en la economía, reconociendo la evolución hacia el actual Estado Constitucional de Derechos en el que vivimos, es importante introducirnos al análisis del ideal de este tipo de Estado.

El Estado Social de Derechos es una evolución de un Estado de Derecho, en donde la legalidad, bloque de constitucionalidad y el principio de juridicidad forman parte del ideal y fin último que es: la Justicia Social. Por tanto el Estado Constitucional

⁸ "[...] organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas que desempeña tres clases de funciones interrelacionadas: establece las normas del sistema monetario internacional, presta atención financiera en determinados casos a los países miembros, y actúa como órgano consultivo con los Gobiernos" tomado de El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina Rubí Martínez Rangel, Ernesto Soto Reyes Garmendia, Política y Cultura, primavera 2012, núm. 37, 35-64.

de Derechos ecuatoriano en su rol económico, busca la redistribución de la Riqueza⁹, la inclusión a la economía popular y solidaria¹⁰, una competencia racional, leal¹¹ y controlada en un mercado regulado por los factores endógenos y exógenos entre los elementos y actores económicos, una adecuada contribución fiscal proporcional; y, una justicia que abarque la planificación local con miras a las necesidades externas e internas que podrían afectar, en forma positiva y negativa, las arcas públicas, el bienestar ciudadano; e, inclusive el bienestar empresarial entre otros aspectos micro y macro económicos.

El pensamiento antes descrito se lo puede extraer efectuado un análisis profundo a las normas constitucionales, así como de los pensadores y jurisconsultos que la utilizan y que permiten conocer el alcance de una lectura Constitucional. En este sentido en el Manual de Justicia Constitucional, se señala respecto al Estado Constitucional de Derechos, que:

*"...el modelo constitucional implícito en la actual Constitución ecuatoriana se entiende como una reacción humanista a los abusos del modelo constitucional autoritario y empresarial que se desarrolló en nuestro país en los últimos 20 años. No es una moda, sino la respuesta obvia a la crisis del paradigma que imperó en el país desde 1984 hasta 2006...El modelo encontrado, que fue desarrollado ampliamente en las nuevas constituciones latinoamericanas desde 1988 conjuga los principales postulados del garantismo constitucional europeo, con respuestas propias e imaginativas a los retos políticos, sociales y culturales que se manifiestan en la región con ocasión de la inmensa movilización social contra la implantación del modelo de economía social de mercado."*¹²

Es evidente, en base a lo citado, que el modelo económico cambió, se transformó y se enfocó a un modelo pro ser humano y cercano a la sustentabilidad

⁹Artículo 3, numero 5 de la Constitución de la República del Ecuador (Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008), 11.

¹⁰ Artículo 283, de la Constitución de la República del Ecuador (Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008), 163.

¹¹ *Ibíd.*, artículo 335

¹²Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, Manual de Justicia Constitucional (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 31.

ambiental en armonía con el mercado, en donde el mercado y Estado son el motor económico tomando en cuenta los demás elementos existentes. Esta influencia Constitucional de tinte social viene impregnada de pensamientos, doctrinas europeas, con aciertos y desaciertos como lo señala Montaña, lo cual deja mucho que desear pues el constituyente adaptó de manera acelerada un marco normativo, económico y empresarial adelantadísimo con relación a las vicisitudes que la economía ecuatoriana se encuentra soportando, siendo impracticables muchos de los postulados que contiene la Carta fundamental.

Por otra parte y en forma de reivindicación a muchos de los derechos y postulados impracticables, los postulados e ideales sociales de la mano de una revolución económica y empresarial pública impulsada por el Gobierno Nacional, buscan equilibrar la redistribución de la riqueza. Esta finalidad y rol del Estado, aupado por el Gobierno, es clara y se la encuentra a primera vista en el artículo 283 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo que es la base para la comprensión exacta de la finalidad económica del Estado Ecuatoriano de Derechos y de Justicia:

*"Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios."*¹³

De lo antes citado, se destaca en el modelo constitucional ecuatoriano de 2008¹⁴, que este comulga de los elementos de lo que hoy se dice es el neoconstitucionalismo enraizado en las doctrinas modernas de constitucionalistas ecuatorianos y extranjeros, quienes explican que, *"vale la pena recordar que para el*

¹³ Artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador (Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008), 53.

¹⁴ *Ibíd.*, artículo 84.

*neoconstitucionalismo el Estado en su conjunto tiene una función instrumental, pues debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales.*¹⁵"

Luis Prieto Sanchís, estudia y critica en forma positiva el pensamiento de Luigi Ferrajoli¹⁶, jurisconsulto que hizo que el neoconstitucionalismo aterrice en una teoría, así señala " *Ferrajoli propone denominar constitucionalismo (a secas) a un modelo político cuyo «rasgo distintivo será identificable con la existencia positiva de una lex superior a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad», modelo que se opondría o que sería la superación del Estado legislativo de Derecho.*¹⁷"

Vale la pena analizar la teoría del neoconstitucionalismo, ya que esta se ve plasmada en los postulados de las teorías económicas de la lex superior ecuatoriana. En un análisis más allá del meramente teórico, el neoconstitucionalismo económico en palabras del profesor Ávila, refiere a la transición hacia la democratización del Estado, evento que inicia con la Constitución de 1979, en la que se establece una economía planificada de mercado, se amplían los catálogos de derechos¹⁸, reconociendo explícitamente los derechos económicos, sociales y culturales.

Desarrollada en el tiempo, la estructura de un Estado Constitucional con un catálogo de derechos fundamentales garantizados con prioridad por todos los actores dentro de una sociedad, aparece la teoría del Estado neoconstitucional, cuya función instrumental, en el aspecto económico, en su esencia básica y finalidad inmediata,

¹⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2005), 23.

¹⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, 8ª edición (Madrid: Trotta, 2007); y en *Principia Iuri, Teoría del derecho y de la democracia* (Madrid: Trotta, 2009).

¹⁷ Luis Prieto Sanchís, *Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. ensayo de interpretación de algunas divergencias* (Madrid: repositorio de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2011), 2.

¹⁸ Ramiro Ávila Santamaría, señala en su libro *el neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, (Quito: Abya-Yala 2011) señala **que la fase neo constitucional podríamos identificar como de transición hacia la democratización del Estado**, comienza con la Constitución de 1979, en la que se establece una economía planificada de mercado, se amplían los catálogos de derechos, reconociendo explícitamente los derechos económicos, sociales y culturales, se amplía el ámbito de la ciudadanía y, por tanto, los derechos políticos (ej. analfabetos). La presencia de nuevos actores, en particular los indígenas, es notoria en la esfera pública. Sin embargo, como dice Paz y Miño, "la balanza se inclinó a favor de los grupos de poder, con alto perjuicio para la sociedad ecuatoriana".⁸⁵ En esta época, que coincide con el famoso "consenso de Washington" al que Ecuador se suscribe – y que "avanzó a pesar y en contra de la mayoría del pueblo ecuatoriano"⁸⁶ el país privatiza muchos servicios públicos, desregula la economía y se flexibilizan las relaciones laborales.

busca conforme lo establece el artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador, en resumen entre otros aspectos, los siguientes:

- Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional;
- Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional;
- Asegurar la soberanía alimentaria y energética;
- Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas;
- Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural;
- Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales;
- Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.

Si bien en teoría nos encontramos frente a un marco innovador de postulados constitucionales, por otra parte, Gilberto Gutiérrez señala que en materia económica la Constitución Política del Ecuador del 2008, no se aparta de su concepción intervencionista tradicional, cuyo sustento legal de tal intervención lo encontramos en el Título VI Régimen de Desarrollo, en virtud del cual se busca un Estado promotor del buen vivir, sustento social suficiente para injerirse en la promoción, dirección, coordinación y correcto desarrollo del sistema económico nacional.¹⁹

Es importante anotar lo señalado por el Doctor Gutiérrez quien además insta a prestar atención al plan nacional de desarrollo dentro de esta nueva estructura y políticas económicas, elemento de la planificación e instrumento de gran importancia el cual será vinculante a todo el sector económico público e indirectamente al privado,

¹⁹Gilberto Gutiérrez, Marco Económico Constitucional ecuatoriano, (Quito: repositorio de la Universidad San Francisco de Quito, 2009), 4.

tanto en inversión, proyectos, asignación de recursos y presupuesto del Estado ecuatoriano, con lo cual se confirma la condición del sistema de planificación económica del Ecuador, frente a otras Constituciones de la región, lo cual le permitirá alcanzar los fines deseados en el tiempo y con los instrumentos necesarios.

Este autor no coincide en su análisis con las doctrinas neoconstitucionalistas modernas, sin embargo reconoce los aciertos de las declaraciones insertas en la Constitución, las cuales buscan a través de la planificación económica, alcanzar los macro objetivos sociales y económicos.

En resumen el fin económico del Estado Constitucional de Derechos y de Justicia, más allá de ser un sistema económico no convencional, apunta hacia lo social y solidario, utilizando las políticas económicas idóneas que alcancen cumplir los objetivos planificados; reconociendo al ser humano como sujeto y fin dentro del mercado; el cual propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, para lo cual se podrá desarrollar actividades en lo público y privado.

1.1.2.- La intervención del Estado en la Economía

Los tratadistas de la teoría económica estudian con mayor énfasis las actividades públicas y privadas generadoras de riqueza de los países, lo que llaman la micro y macro economía, y se las analizan cuando existe una combinación de factores que permiten conseguir un producto y un servicio determinado, afirmando que *"constituye un elemento determinante en la actividad empresarial independiente del modelo económico por el que se opte"*²⁰.

Precisamente en este punto es en donde se enfoca la intervención del Estado actual de Derechos y Justicia, en la creación de Planes Nacionales de Desarrollo, enlazados a políticas públicas, que diseñen un norte en el desarrollo de proyectos, mega proyectos y micro iniciativas, de entidades públicas y privadas, que permitan la adquisición y distribución de bienes y servicios.

²⁰ Alberto Alonso Ureba, La Empresa Pública, aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico (Madrid: Montecorvo S.A, 1985), 39.

Dentro de un mercado sano y competitivo la generación de riqueza, como señala el profesor Ureba, no debería verse afectada por el modelo de gobierno que pueda interferir en la vida empresarial, más bien deberían ejecutarse las mejores decisiones y brindar a la ciudadanía una oferta de varias opciones al mejor precio, estrategia, beneficio y calidad, con el objetivo de incentivar espacios de interacción entre el Estado, los empresarios, los consumidores y los ciudadanos, elementos y actores del mercado indispensables en su desarrollo.

De lo anterior se puede colegir que las potestades para la intervención pública y privada, en el espacio de interacción económica, son varias y abarcan un amplio espectro, están por ejemplo: la iniciativa propia del Estado, la planificación, la nacionalización o intervención de empresas, la creación de empresas públicas, la generación de proyectos en asociación público privada, la generación de microempresas, la inversión en proyectos públicos con capitales privados, entre otros, que en definitiva se constituyen en instrumentos de desarrollo económico y con los cuales se auto abastecen y permiten la fluidez y liquidez entre los países de regiones y del mundo.

Otros autores por su parte explican, en la esfera de análisis de la Constitución del 2008, que la intervención *"estatal en la economía ecuatoriana tendrá un amplio espectro, que sintetizaremos con fines académicos así:*

- *Organización de la estructura económica del país.*
- *Ordenación de los procesos económicos.*
- *Resguardo a la calidad de vida de la población.*
- *Trazado Económico.*
- *Control de la Economía.²¹"*

Dentro del presente análisis, y con el objetivo de entender con fluidez la intervención estatal en la economía, convendrá estudiar legislación, doctrina y principios económicos de España y otros países, que en mayor o menor medida

²¹ Gilberto Gutiérrez, Marco Económico Constitucional ecuatoriano, (Quito: repositorio de la Universidad San Francisco de Quito, 2009), 5.

mantienen postulados consensuales a los de las legislaciones latinoamericanas, y en relación a la de Ecuador, ya que se destacan similares facciones de principios y fines económicos en la intervención público privada facilitando el ejercicio del estudio del presente acápite.

El análisis de Derecho Comparado expuesto por el Doctor Fernández de Córdoba en su texto Estudios de Derecho Comparado, complementa el objetivo planteado, ya que en él se sintetiza y se concluye, comparando a las legislaciones dentro de la familia jurídica romano germánica, que esta se ha desarrollado gracias a la similitud de las escuelas de pensamiento teórico y a la codificación de sus legislaciones, que coincidentalmente se plasman en sus cartas políticas supremas lo cual es corroborado por René David, quien señala *"Idéntica actitud básica encontramos en los países de la familia romano germánica y en los del Common Law, debido a que, tanto en unos como en otros, prevalece una misma concepción del Derecho vinculada a la búsqueda de la justicia. Como veremos la única diferencia estriba en que, mientras aquellos pretenden descubrir las soluciones justas del Derecho mediante una técnica que atribuye el máximo valor a la ley, los últimos apuntan al mismo objetivo mediante una técnica que valora sobre todo las decisiones judiciales"*²², finalmente menciona: *"Los países de la familia romano germánica cuentan todos con constituciones escritas a cuyas disposiciones se reconoce un prestigio especial. En algunos países, ese prestigio es, sobre todo político; aunque las disposiciones constitucionales hayan sido promulgadas, o solo pueden ser modificadas regularmente; de acuerdo a un procedimiento especial"*²³.

El contraste propuesto, abre paso al estudio de la dinámica de las políticas públicas económicas de ambos ordenamientos jurídicos, las cuales mantienen un origen teórico semejante y que ayudan a encontrar una similitud en sus comportamientos, ergo servirán de base para comprender en su mayoría la teoría de la intervención estatal.

Existen diferencias marcadas, en el desarrollo económico y en la dinámica española y ecuatoriana, esto se ve reflejado en el crecimiento económico de ambos

²² René David, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010), 82.

²³ *Ibíd.*, 86.

países. Mientras en el Ecuador el crecimiento económico se encuentra en el orden del 1,5% anual conforme el dato obtenido en el año 2015, en España se ha mantenido en un orden de crecimiento entre el 2,8% y 3,1%, según lo confirma la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. No obstante la practicidad en las políticas que se aplican para mantener esos estándares de crecimiento, provienen de similares creaciones jurídicas, por lo ya expuesto, en vista de ello el profesor Ureba indica que dentro de la intervención estatal española, y las políticas y normas utilizadas que las rigen *"se encuentran en conexión con los derechos fundamentales económicos, propiedad y libre empresa, dando lugar a una amplia temática de relaciones entre potestades y derechos; así la significación del régimen de competencia o mercado para la libre iniciativa pública económica, el carácter de la planificación en relación con la libertad de empresa, el significado del distinto sistema de protección de los derechos frente a los principios rectores de la política económico-social, la relación de la potestad de nacionalización de empresas con el sistema de protección de los derechos fundamentales económicos, etc."*²⁴

En este sentido, similar a las políticas económicas españolas, en el Ecuador la empresa pública se convierte en la concreta forma de intervención y de libre iniciativa pública-económica en armonía con los postulados de una constitución económica que busca mantener un equilibrio adecuado entre potestades y derechos, entre sociedad y mercado, mantener el equilibrio con un vasto campo de acción, entre los oferentes de los servicios, producción de bienes y manejo de sectores estratégicos.

Al respecto el profesor Ureba señala además que *"la adopción de formas jurídico-privadas de empresas por el sector público, caso de la S.A de participación pública, plantea si dichas empresas están vinculadas por los derechos fundamentales como poder público o si por el contrario, estarían protegidas por los mismos (en cuanto sujeto jurídico privado), lo que a su vez se relaciona con la temática en torno al llamado efecto frente a terceros de los derechos fundamentales."*²⁵. Por tanto las modalidades de aparataje estatal empresarial son variadas y se convierten en un instrumento válido de intervención, sin embargo siempre encontrarán resistencia a su

²⁴ Alberto Alonso Ureba, *La Empresa Pública, aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico* (Madrid: Montecorvo S.A, 1985), 133.

²⁵ *Ibíd.*, 134.

implementación una vez se pongan en acción los controles, y se las contrasten con las garantías y derechos de los actores y elementos económicos dentro de un mercado y sistema económico determinado.

El punto de partida de las empresas del Estado enfatiza Cassagne, *"resulta de un proceso similar al acontecido en Francia con el advenimiento de los llamados establecimientos públicos comerciales industriales, en el cual la injerencia del Derecho Privado sobre el Derecho Público se opera dentro del marco de una entidad sometida integralmente al Derecho Administrativo, como es el établissement public, del Derecho Frances^{1.26}"*, de lo expuesto resulta enriquecedor que los emprendimientos empresariales públicos logren su cometido pues esto como se señaló en el apartado anterior, permitió que las economías de algunos países que habían intervenido directa e indirectamente en la primera y segunda guerras mundiales florecieran y se superpongan a las crisis causadas por ingentes gastos e impuestos a los consumos, para financiar las acciones bélicas. Resumiendo la idea planteada por Cassagne, esta situación intermedia introdujo una serie de transiciones que se manifestaron fundamentalmente en un sistema de gestión y control, donde se produjo un apartamiento o atenuación de las reglas que regían la actividad de los establecimientos públicos administrativos.²⁷

Para recapitular y aclarar lo citado en líneas previas, en el Ecuador se han extinto las sociedades con capital público denominadas sociedades anónimas, las cuales fueron disueltas por la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en adelante LOEP, sin embargo estas existieron en el ordenamiento jurídico económico del Estado²⁸, no obstante la LOEP en su afán, y el de

²⁶ Juan Carlos Cassagne Derecho Administrativo tomo I (Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2006), 380.

²⁷ *Ibíd.*, 381.

²⁸ Ley orgánica de Empresas Públicas (Quito: Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009) régimen transitorio para las sociedades anónimas en las que el Estado, a través de sus entidades y organismos sea accionista único artículo. 2.1.1: Por disposición de esta Ley, las sociedades anónimas en las que el Estado, a través de sus entidades y organismos sea accionista único, una vez que la Presidenta o Presidente de la República o la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado, según sea el caso, en un plazo no mayor a noventa días contados a partir de la expedición de esta Ley, emita el decreto ejecutivo, la norma regional u ordenanza de creación de la o las nuevas empresas públicas, se disolverán de manera forzosa, sin liquidarse, y transferirán su patrimonio a la o las nuevas empresas públicas que se creen. El proceso de disolución forzosa sin liquidación de dichas sociedades anónimas conlleva su extinción legal; y en

los legisladores que le dieron vida, de gestionar un mejor modelo empresarial del Estado, imprime rasgos interesantes y definatorios en las nuevas figuras empresariales del Estado, que conservan el espíritu empresarial privado, es decir al estilo de una sociedad anónima.

Estas empresas públicas pueden obtener ganancias, con la diferencia de que no se las distribuirá en forma de utilidades, sino que se reinvertirán en la propia empresa o su excedente será transferido al erario público.

La iniciativa pública, se convierte en la perfecta herramienta de intervención estatal, superando el paradigma del principio de subsidiariedad el cual se limita a proveer de un servicio de forma secundaria y cuando las circunstancias lo requieren, para el beneficio de los ciudadanos. Al respecto Soldevilla indica que *"la empresa está fundamentada en una acción organizadora para conjuntar la voluntad creadora de los grupos de trabajo y las posibilidades utilitarias que presentan los factores materiales disponibles. El objetivo finalista de la empresa es la producción con la organización económica de los factores, y la distribución entre los grupos organizados de los ingresos obtenidos, con la venta de lo producido en el mercado"*²⁹.

Soldevilla concluye indicando que el mercado aporta una nueva dimensión social e imprime un contenido público a la empresa, que ha sido invocado por una creciente corriente de opinión para reclamar la transformación de la empresa privada en pública, al menos para ciertos servicios básicos del país³⁰, cuestión que se debe considerar ya que permite evidenciar la importancia de la intervención del Estado en la economía con la creación de entidades autónomas empresariales de capital público como lo son las empresas estatales, no obstante que estas han sido creadas con diferentes modalidades y objetivos por ejemplo para mantener y brindar un cierto servicio, lejos del monopolio anti mercado, el mejoramiento de las condiciones de trabajo en la rama específica beneficiando a los trabajadores y consumidores, y aunque suene utópico incluso se ha buscado la redistribución de la riqueza, pues los

consecuencia las empresas públicas que se crean, subrogan en los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas. En consecuencia, se dispone al Superintendente de Compañías que sin más trámite, al momento de expedición de los decretos ejecutivos u ordenanzas de creación de las empresas públicas, ordene la cancelación de la inscripción de las sociedades anónimas extinguidas, en el respectivo Registro Mercantil del cantón de su constitución.

²⁹ Emilio Soldevilla García, La Gestión de la Empresa Pública (Madrid: Pirámide, S.A., 1978), 17.

³⁰ *Ibíd.*

excedentes percibidos por el Estado, son reinvertidos en la propia empresa o transferidos al arca general del Estado³¹.

Sin duda, los postulados y las ideas antes planteadas le permite a una empresa estatal colocarse a nivel de igualdad con la iniciativa privada, en todos los ámbitos de productividad y desarrollo empresarial, sin embargo no significa que se sustrae y se trata de eliminar el rol importante del sector privado, sofocándolo con reglas establecidas para la libre competencia en favor de los organismos públicos, sino que *"subsiste el mecanismo del mercado aun controlado, corregido y solo excepcionalmente excluido por el poder público, y, en consecuencia, subsiste un régimen de competencia económica"*³².

La alusión a lo excluido por el poder público se refiere claramente a los sectores estratégicos, en el caso ecuatoriano, que en el artículo 313³³ de la Constitución de la República del Ecuador, se establecen como aquellos que de forma exclusiva serán administrados por el Estado a través de las empresa que este creare para el efecto, pero cómo se señaló en líneas precedentes y como se analizará en líneas venideras, no obsta que sea la iniciativa privada la que se encargue de dichos sectores por delegación estatal expresa, para ello entra en escena iniciativas legislativas como la Ley de Alianza Público Privada.

La intervención económica del Estado por tanto, puede procurarse en varios niveles y de muchas formas, todo dependerá de la planificación y del comportamiento del mercado, de la economía de un determinado país o sistema, de los factores y sujetos que intermedian en ella y de la potestad pública conjugada con el interés público que la guía y prácticamente toma el sendero por el cual desea incursionar, elementos del intervencionismo que deben enlazarse a los principios básicos de

³¹ Artículo 25 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (Quito: Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009).

³² Alberto Alonso Ureba, La Empresa Pública, aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico (Madrid: Montecorvo S.A, 1985), 136.

³³ Constitución de la República del Ecuador artículo 313: 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. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

creación de una empresa pública, la cual no tienen más finalidad que la de satisfacer una necesidad de interés público local o nacional.

De la información recabada antes citada, y a manera de resumen, es necesario puntualizar para el presente texto, los elementos que conjugan la intervención estatal y la gama de iniciativa empresarial pública, así tenemos³⁴:

- De servicios públicos, se enfoca en la prestación de bienes y servicios de carácter esencial para la comunidad.
- Competitivo, o de mercado, se caracteriza por ser empresas que desarrollan una actividad mercantil de carácter productivo o comercial en concurrencia con empresas privadas, de modo que sus productos no pueden calificarse de bienes públicos sino como bienes de mercado.
- De sectores estratégicos, las cuales se caracterizan por ser empresas que desarrollan actividades que por su influencia social, política y económica, traen beneficios para el desarrollo y la planificación económica del Estado.

Como último punto dentro de este acápite, es necesario tocar el tema de intervención desde el punto de vista de la concepción de gestión, este aspecto se convierte en un método esencial para la intervención estatal en la economía, pues *"ciertas actividades económicas requieren un tipo de gestión específica de la empresa pública. Tradicionalmente se ha incluido entre estas a las que por su naturaleza son monopolísticas... pero además en los últimos años se ha añadido la circunstancia de que satisfacen un servicio social esencial, por ejemplo, el suministro de agua."*³⁵

La gestión que ejecutara la empresa pública tendrá aristas diferentes de acuerdo a la actividad de la que se trate, ya que de este modo se desglosaran una serie de alternativas, atribuciones, responsabilidades, proyectos y por ende consecuencias y resultados, que podrían ser incentivadoras de la economía local, tornando el medio (mercado) en un espacio competitivo de influencia público privada, que se rigen por las regulaciones del mercado así como por las libres decisiones de los consumidores y proveedores de bienes y servicios.

³⁴ Emilio Soldevilla García, La Gestión de la Empresa Pública (Madrid: Pirámide, S.A., 1978), 43.

³⁵ *Ibíd.*, 50.

El ideal de un Estado planificador es que la actividad empresarial pública se enfoque hacia la gestión de un servicio público, el cual atrae como consecuencia que una serie de elementos conjuguen en su intervención, así el doctor Grijalva indica que existe un contenido óptimo esencial por el cual se ejerce la actividad estatal, en este caso lo que busca el Estado es preservar un precio óptimo dentro del mercado en el cual se incrementen los ingresos y se fijen precios que beneficien a los consumidores, utilizando los elementos de competitividad para estabilizar o para intervenir en el mercado, siendo posible utilizar otros elementos públicos estatales³⁶, como el incremento de impuestos, o el otorgamiento de beneficios tributarios y arancelarios.

Cuando se analiza la realidad de la intervención estatal, de conformidad al tipo de Estado, ordenamiento jurídico y políticas económicas aplicadas, se vuelve imperativo en un primer momento definir y estudiar, previo a establecer un tipo de empresa pública, el ejercicio de la potestad de iniciativa pública económica y sus posibles resultados, con el objeto de entender la influencia y afectación de la integración-cohesión, en sus efectos, dentro de una economía de mercado, para ello se utiliza a la planificación y a la gestión como se enseñó en párrafos anteriores.

La empresa estratégica pública en el Ecuador, dadas las circunstancias actuales y las políticas inherentes a los principios de economía social y de mercado que rigen el sistema como tal, en un principio serían contradictoras vistas las aristas de intervención de conformidad al Estado de Derechos y de Justicia preestablecido, este hecho generaría indirectamente un conflicto entre los beneficios a alcanzar versus el interés público por el cual fueron fundados dichos organismos públicos y públicos-privados de ser el caso. En este sentido Ureba señala que *"lo que igualmente se dará en la S.A de participación pública, de modo que el interés público perseguido por el ente público tenderá a armonizarse con otros intereses (accionistas privados y trabajadores) y, entre estos, con el relativo a la propia subsistencia de la empresa en una economía de mercado, lo que hará jugar a su vez, los principios de rentabilidad económica, aun cuando no exclusivamente"*³⁷, es decir si bien se ha generado una

³⁶ Agustín Grijalva, Estado, Derecho y Economía, en estudio jurídicos 35 Universidad Andina Simón Bolívar (Quito: Corporación editora nacional Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 76.

³⁷ Alberto Alonso Ureba, La Empresa Pública, aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico (Madrid: Montecorvo S.A, 1985), 144.

especie de inconsistencia entre los postulados establecidos en la propia constitución y los fines económicos por los cuales son creadas ciertas empresas públicas; el fin último del intervencionismo siempre será procurarse un espacio en el mercado con un índice de ganancia moderada, apuntando a satisfacer el interés público por el cual fueron creados estos organismos empresariales.

En conclusión la intervención estatal en la economía puede darse de diversas formas, como se ha expuesto a través de la iniciativa empresarial, ya sea en la expedición de políticas públicas, en la creación de incentivos económicos, en la creación de planes de desarrollo social con miras a lo económico, o simplemente en la creación de organismos como las empresas públicas para el desarrollo de actividades, ya sean exclusivas de iniciativa estatal o en asociatividad público-privada, para la provisión de ciertos bienes y servicios fundamentales.

Lo cierto es que la intervención pública se convierte, dentro de un mercado, en un factor de influencia interesante el cual debe ser analizado en su contexto específico para sintetizar la importancia de la planificación y gestiones públicas en la economía ecuatoriana, y su influencia en el ámbito privado, local e internacional, ya que como se dijo antes el grado de interacción entre los elementos y actores dentro de ese mercado podría ser productivo o convertirse en un obstáculo para el desarrollo económico saludable, todo dependerá de la manera en la que se planifique dicha intervención.

1.1.3.- La Constitución Económica en el Ecuador

Definir que es una constitución económica, exige entender que es economía y las normas que la regulan constitucionalmente.

Economía para Harold Koontz es una ciencia social, que se encarga del estudio de los factores de producción (tierra, capital, mano de obra) los cuales en interacción con los elementos y actores dentro de un entorno económico, buscan un desarrollo

ecuánime para la obtención de beneficios y estabilidad, con el fin de satisfacer las necesidades presentadas³⁸.

El Estudio de la Economía, ha reproducido un sin número de ramificaciones para entenderla, así se tiene: economía política, que se encarga de estudiar a la economía y su influencia dentro de un modelo de gobierno, economía social, que analiza la forma en que los factores de producción interactúan en un determinado mercado para satisfacer necesidades social, e inclusive en el derecho se ha desarrollado al Derecho Económico, el cual "*nace como una necesidad social y no solo económica del desarrollo de las sociedades latinoamericanas, debido al proceso de industrialización por sustitución de importaciones; y, por el otro, los tipos de Estado que han venido planteándose históricamente en la región, por cuanto el Derecho Económico se relaciona de forma estrecha con los modelos de desarrollo establecidos en la región en el periodo posterior a la crisis de la década de los años treinta del siglo XX*³⁹". Lo señalado por el autor es la base del Derecho Económico latinoamericano, cuyas características se encuentran matizadas en las cartas políticas que regulan los ordenamientos jurídicos de algunos países de la región.

La teoría del Derecho Económico señala que "*la economía trata de la administración de recursos limitados para satisfacer las necesidades humanas. Como es función del Estado atender a las necesidades de sus ciudadanos, los asuntos relacionados con la imposición de tributos constituyen una parte esencial de la economía. La hacienda pública considera no tan solo la manera como los individuos satisfacen colectivamente algunas de sus necesidades colectivas en las que toma parte el gobierno, sino también la manera como este influye en los problemas relativos a satisfacer privadamente las necesidades privadas.*"⁴⁰

Continuando con el desarrollo de la idea inicial, la Constitución de la República del Ecuador, como se transcribió en párrafos anteriores, señala el norte y la línea de

³⁸ Harold Koontz, Heinz Wehrich y Mark Cannice, administración una perspectiva global y empresarial (México: Facultad de Contaduría Pública y Administración Universidad Autónoma de León, McGrawHill, 2008), 32.

³⁹ Luis Díaz Muller, el Derecho Económico y la integración de América Latina, Bogotá, Temis, 1988 en Cesar Montaña Apuntes de Derecho Económico (Universidad Andina Simón Bolívar revista foro, Quito 2005), 131

⁴⁰ Harold Groves, Finanzas Públicas (México, F. Trillas S.A, 1965), 20.

intervención estatal, planificación y sistema económico del país definiendo la política y principios económicos por los cuales se concretarán ciertas particularidades (planes) dentro de la economía. Se circunscribe además en señalar algunos elementos estructurales, que constituyen el marco de libertades económicas que los actores, dentro de un Estado social y de justicia, podrán ejercer en las actividades económicas, sean estas públicas o privadas.

Respecto a la libertades y elementos estructurales, Juan de la Cruz Ferrer señala que "*...unos son derechos fundamentales y libertades públicas; otros son potestades de los poderes públicos*", en referencia a que efectivamente existen liberalidades económicas del mercado, pero sin lugar a dudas también comulgan elementos de control y salvaguardia de intereses públicos que de una u otra manera permitan alcanzar el anhelado equilibrio financiero y productividad ideal.

La Constitución de la República del Ecuador es clara y garantiza en los artículos 276 numero 2 y artículo 283, algunos derechos económicos así como circunscribe las obligaciones dentro del sistema económico imperante, destacándose el de libertad de empresa, libre circulación y establecimiento económico, y para los elementos estructurales y de potestad pública se incluyen, los siguientes distintivos de intervención:

- *La iniciativa pública en la actividad económica...;*
- *La posibilidad de reservar al sector público recursos esenciales, es decir la atribución de la titularidad de determinados bienes públicos...;*
- *La posibilidad de reservar al sector público servicios esenciales, como es el caso en la actualidad de las comunicaciones, los transportes;*
- ***La posibilidad de acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general;***
- *La posibilidad de expropiar bienes y derechos por causa justificada de utilidad pública...;*
- *La posibilidad de planificar la actividad económica general (o sectorial) para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo*

regional, sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución..."⁴¹ (énfasis fuera de texto)

De manera resumida se pueden extraer dos conclusiones, en primer lugar los derechos fundamentales económicos establecidos en las Constituciones de los países, son la base para determinar un modelo y sistema económico en un determinado territorio; y, en segundo lugar deducir que el establecimiento de elementos estructurales permiten delinear las actividades económicas, y las políticas económicas de agregado local e internacional a ejecutarse, ergo estos son los principales postulados que conforman la Constitución económica del Ecuador.

En este contexto, y ampliando lo ya citado, la Constitución ecuatoriana define a más de la intervención estatal, las leyes del mercado y libre competencia, una economía social y solidaria, que si bien apunta al desarrollo del ser humano y la naturaleza por sobre el capital, sin embargo, instituye al mercado como un actor fundamental que se desarrollará en armonía con los elementos que interactúan dentro de una economía, viabilizando la doctrina del buen vivir, tema de análisis para otro ensayo pero que queda grabado en el artículo 283 constitucional y en el presente texto para comprender la constitución económica.

La definición de los principios económicos de contenido constitucional del 2008 son de corta existencia y de novísimo contenido, dentro de los postulados expuestos importantes doctrinarios del Derecho económico⁴², existen principios y políticas que se siguen utilizando y fueron progenitores a las bases estructurales, jurídicas y económicas del Estado Social de Derecho, y que se aplica al modelo de Estado ecuatoriano, *"el cual se caracteriza por una economía social de mercado, en el que se admite el protagonismo directo del Estado para garantizar la competencia, asegurar el mercado cuando este no existe o es defectuoso, y proporcionar en cualquier caso a todos los ciudadanos un mínimo bienestar que rebasa las posibilidades del mecanismo del mercado"*⁴³.

⁴¹ Juan de la Cruz Ferrer, apuntes de Derecho Público Económico, la intervención en la Economía y en la Empresa, (Madrid, Dykinson 1992), 78.

⁴² Luigi Ferrajoli, conferencia magistral Universidad Espíritu Santo, publicado en la revista "Podium" (No. 20, Dic. 2011) de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo de Guayaquil, contenido ha sido publicado originalmente por Diario EL COMERCIO en la siguiente dirección: <http://www.elcomercio.com/opinion/mejor-constitucion.html>. el 12 de enero de 2015 a las 20h51 pm.

⁴³ Francisco Oliva Blázquez, Derecho y Economía, en estudio jurídicos 35 Universidad Andina Simón Bolívar (Quito: Corporación editora nacional Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 79.

En base a lo expuesto en la actualidad es un deber de la doctrina de contenido económico y jurídico constitucionales, en los textos y tratados locales, contextualizar y explicar la concepción económica del Estado Social de Derechos y de Justicia, teorías las cuales se deben enfocar de manera general en recoger los principios para entender el rumbo de la Constitución económica y comprender como funcionaría la redistribución de la riqueza, la justicia social, la iniciativa sea pública o privada; y, los elementos que permitirán alcanzar dichos objetivos.

A partir de estas ideas cabe establecer y aterrizar en el porqué de la necesidad de un estudio del marco constitucional económico en relación con la empresa pública; así para la doctrina que la ha analizado *"La creación de una empresa pública **presupone una problemática jurídico constitucional** en cuanto implica un supuesto concreto de ejercicio de la potestad de iniciativa público económica. Es esta potestad la que determina la "capacidad" del ente público creador de la empresa a la vez que extiende su alcance a la actuación del ente público como titular de la misma. Si ello justifica el estudio de la referida potestad, esta no puede, sin embargo, aislarse del marco constitucional económico general en el que se sitúa."*⁴⁴.

En concordancia con la situación constitucional económica en el Ecuador, es claro que los derechos fundamentales de contenido económico aproximan la posibilidad del establecimiento y creación de empresas que estando a cargo del Estado, buscan una rentabilidad social tanto por el interés y objetivos que establecen la comunidad, los grupos empresariales; y, el Estado en sí mismo con los excedentes que se pudiesen obtener. Es obvio que esta potestad de iniciativa pública busca que se redistribuya la riqueza, se genere una dinámica entre el sector público y privado, se beneficie el interés público y se reproduzcan espacios y medios materiales para el desarrollo de una economía estable, sin monopolios (exceptuando los naturales), alcance teórico que tantas veces se ha destacado en el presente acápite, pero que sin el mismo no se lograrían entender los postulados constitucionales.

Por otra parte y para rematar el presente análisis, no se deben descuidar los principios rectores que regulan las políticas y por ende toda actividad económica en el

⁴⁴Alberto Alonso Ureba, La Empresa Pública, aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico (Madrid: Montecorvo S.A, 1985), 48.

Ecuador⁴⁵ como lo son la soberanía, valor agregado, máxima eficiencia, desarrollo equilibrado social y ambiental, solidaridad, pleno empleo, producción sostenible, intercambio justo y competencia social de mercado, entre otros, principios económicos de mercado que propiciaran a que la intervención Estatal, la iniciativa pública, en la economía permitan actividades que incluso estarían reservadas a la libre iniciativa privada, en las cuales el Estado no ha intervenido durante el tiempo, sea porque no estaban consideradas como actividades de interés general, o porque no se encontraban plenamente establecidas para un desarrollo social redistributivo de justicia.

1.1.4.- Definición de empresa pública

¿Qué es empresa pública?

Para contextualizar y aventurarse al método investigativo propuesto al inicio del presente trabajo, en el ensayo de Germán Coloma, catedrático de la Universidad Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina se refiere a manera de introducción a la empresa pública, el siguiente contexto:

*“La teoría de la empresa pública tuvo su mayor desarrollo entre las décadas de 1950 y 1970, y se basó esencialmente en la idea de **que las empresas públicas y privadas podían coexistir**, y que las decisiones de producción y precios de la empresa pública podían servir como instrumentos de política para alcanzar distintos objetivos que afectaban tanto al sector público como al sector privado. Este punto de vista estaba sin duda influido fuertemente por ciertos hechos que estaban ocurriendo en aquellos años, relacionados con la nacionalización de los servicios públicos y otras grandes industrias en diversos lugares del mundo.⁴⁶”*

En contexto se debe explicar de la cita antes transcrita, la cual proviene de la experiencia administrativa y empresarial pública Argentina, que inicialmente se fecundó la

⁴⁵ Constitución de la República del Ecuador artículo 284 (Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008), 164.

⁴⁶Germán Coloma, Empresa pública, privatización, regulación y competencia: su papel en la provisión de servicios de infraestructura (Buenos Aires: Universidad Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina, 2004), 1.

idea de empresa pública basada en un régimen particular “privado”, es por ello que la idea de crear este tipo de organismos se basó y tomó como base inicial los modelos de competencia privada, enfocados hacia la producción de bienes y servicios dentro de un mercado, como se verá más adelante, incluso se la instrumentó utilizando la figura de privatización, pues lo que se buscaba alcanzar era un mercado saludable y competitivo, en donde el Estado sería un competidor, productor y distribuidor más de bienes y servicios en un mercado cuyos benefactores directos serían los consumidores y por supuesto el Estado interventor en la economía.

El autor por otra parte, hace un análisis de empresa pública, en la Argentina, y señala que esta denominación se consolida en la llamada escuela marginalista francesa, “...en especial a partir del trabajo de Boiteux (1956). Este autor, que es uno de los principales exponentes de la llamada “escuela marginalista francesa”, **fue el primero en exponer el papel de la empresa pública en un contexto de equilibrio general que tenía en cuenta los resultados de la controversia marginalista**⁴⁷.” (énfasis fuera de texto)

El autor parafraseando a Boiteux, señala que la economía está modelada como un sistema en el **cual existe un sector privado perfectamente competitivo y un sector de empresas públicas sujeto a rendimientos crecientes a escala**. El sector público se encuentra además limitado por un requerimiento de autofinanciamiento, que aparece alternativamente como una sola restricción para todo el sector o como un conjunto de restricciones aplicables a cada una de las empresas públicas⁴⁸, el cual debe autofinanciarse a través de las actividades empresariales que jecute para activar su giro de negocio.

Este es un punto de partida interesante para comparar el origen de la empresa pública en Argentina, legislación que mantiene una fuerte influencia de sistemas y familias jurídicas con preponderancia germano románica como lo señala el Doctor Fernández de Córdova en su texto⁴⁹, en este caso hablamos de un subsistema que ha influenciado a este ordenamiento jurídico y es el francés que también influyó la creación normativa ecuatoriana en su inicio.

⁴⁷ Germán Coloma, Empresa pública, privatización, regulación y competencia: su papel en la provisión de servicios de infraestructura (Buenos Aires: Universidad Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina, 2004), 4.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Pedro Fernández de Córdova, Estudios de Derecho Comparado (Cuenca: Pudeleco, 2002), 80.

Por su parte el tratadista José Francisco Ruiz Massieu, en su estudio de la Empresa Pública, un estudio de Derecho sobre México, indica que existe una confusión terminológica en torno al concepto de empresa pública, debido a que no existe un consenso doctrinal, por cuanto hay un déficit teórico de que adolece el derecho administrativo, tradicionalmente atacado con soluciones importadas de otras disciplinas jurídicas, debido a que este instituto tomado de la economía y de la administración empieza a ser apenas observado por los jusperitos mexicanos.⁵⁰ En este sentido hace una acotación importante al señalar que: *“No existe en la legislación, en la jurisprudencia, ni siquiera en la doctrina, una demarcación precisa y categórica que distinga lo **que es en síntesis una autarquía institucional de una empresa del Estado**, con o sin forma de empresa de economía mixta...⁵¹”*, hablando de la realidad técnica jurídica mexicana.

En el mismo sentido, destaca el aporte del sistema francés al señalar: *“...en un trabajo reciente Guillien y Vincent, destacados jusadministrativistas franceses, reconocen que “ni la doctrina ni la jurisprudencia han descubierto aún la esencia de esta categoría jurídica y muchos, por otra parte, niegan su especificidad. Sin embargo, existe toda una serie de organismos a los que se les designa bajo este término genérico y que **tienen en común una personalidad jurídica distinta de la del Estado, atienden actividades de naturaleza industrial o comercial y sus sistemas de gestión están muy próximo a los del sector privado.**”⁵²”*

Consensuada la doctrina de Coloma y Massieu, en la que se critica la falta de definición terminológica de empresa, se destaca que: *“En Francia, cuyo derecho Administrativo ha abrevado el nuestro profusamente, Jean Dufau ha concluido que en el estado actual del derecho no existe ninguna definición general de empresa pública, porque esta no constituye una noción jurídica específica⁵³”*.

⁵⁰José Francisco Ruiz Massieu, la Empresa Pública un estudio de Derecho Sobre México (México Distrito Federal: ediciones del instituto nacional de Administración Pública, 1980), 25.

⁵¹Ibíd.

⁵²Guillien, Raymond y Vincente, Jean, Lexique de termes juridiques, Paris, Dloz, 1978 pp, 162-163, en José Francisco Ruiz Massieu, la Empresa Pública un estudio de Derecho Sobre México (México Distrito Federal: ediciones del instituto nacional de Administración Pública, 1980), 26.

⁵³José Francisco Ruiz Massieu, la Empresa Pública un estudio de Derecho Sobre México (México Distrito Federal: ediciones del instituto nacional de Administración Pública, 1980), 26.

En este punto se debe enfatizar la influencia de la tradición, doctrina y legislación francesa, y su indeterminación en el modelo simple adquirido por estas dos legislaciones para el desarrollo de una definición de empresa pública, en el ordenamiento jurídico mexicano, y argentino, puesto que la mayoría de los acercamientos valorativos y seguramente contextuales a la noción de Empresa Pública provienen de ese subsistema.

Por otra parte, en la legislación mexicana como señala Massieu, no se utiliza el término empresa pública, sino que por el contrario el legislador y los jurisconsultos se han encargado de bautizar con varios nombres como organismo descentralizado; organismo descentralizado del Estado; corporación pública; corporación de carácter público; empresa paraestatal, instituto, compañía, comisión, comité, sociedad, empresa, entre otros apelativos.

partiendo de estos preceptos y antecedentes difusos, en México, la empresa pública es para Massieu la: *“unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios⁵⁴”*; por su parte también hace un énfasis en el estudio de este término en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos mexicanos, la cual define a empresa como el *“conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados para la explotación de uno o más buques en el tráfico marítimo”*; y finalmente concluye que: *“empresa es la organización de los factores de la producción con el objeto de elaborar o distribuir bienes o servicios en el mercado... la organización factorial para producir o cambiar satisfactores en el mercado⁵⁵”*.

Con estos antecedentes doctrinarios se puede concluir que efectivamente ha existido una breve influencia en el término empresa dentro de estas legislaciones, por parte de la legislación y tradiciones francesas pero, el de empresa pública como tal se ha desarrollado de manera original y por cuerda separada, dado el pluralismo jurídico que se trató en la introducción del presente ensayo, esto debido a que no existe como tal una definición, legal y doctrinaria (valorativa-contextual) que haya permitido al resto de ordenamientos jurídicos acoplar o adoptar en un modelo simple una doctrina o legislación específica cuya definición concluya en empresa pública, es por ello que se han tomado rasgos de la definición de

⁵⁴ Ley Federal del Trabajo, en José Francisco Ruiz Massieu, la Empresa Pública un estudio de Derecho Sobre México (México Distrito Federal: ediciones del instituto nacional de Administración Pública, 1980), 26.

⁵⁵ José Francisco Ruiz Massieu, la Empresa Pública un estudio de Derecho Sobre México (México Distrito Federal: ediciones del instituto nacional de Administración Pública, 1980), 26.

empresa de lo comercial y privado y, a este concepto, se le añadieron los elementos de público.

En base a la premisa citada y al estudio del sistema de comparación simple, con rasgos valorativos y contextuales, es indispensable citar al tratadista Alberto Alonso Ureba, catedrático de la universidad Complutense de Madrid, quien señala que en la República de España, empresa pública es:

“La unidad organizativa, forma de desarrollo de la actividad empresarial, instrumento de participación en el Mercado. La empresa es, en este sentido, creación del empresario y a la vez forma de desarrollo de su actividad... La empresa viene a significar, en este sentido subjetivo o de actividad, una forma o manera de desarrollar la actividad económica que consiste en la participación o distribución de bienes o servicios a través de una unidad organizativa de medios materiales y personales (11).⁵⁶”

Esta definición que se entendería rigurosa, frente a lo que se busca definir como empresa pública, es sin embargo una aproximación de lo que es empresa en su sentido mercantil neto y ligado a lo público, que prácticamente se ha ido plasmando en los subsistemas jurídicos latinoamericanos, y que de una u otra manera permite conocer en concreto lo que se entiende por Empresa Pública, cuya definición a breves rasgos supone a simple vista una unidad organizada creada para **desarrollar una actividad económica para participar en el Mercado.**

En este sentido, la administración pública, no es sino una estructura u organización integrada por elementos personales y materiales, a la que el Derecho otorga la personalidad jurídica haciéndola sujeto de relaciones jurídicas del servicio público, siempre de fines de interés público, que abstractamente le son atribuidos de modo inseparable. De ahí que en relación a la Administración del Estado, de legislaciones como la española, y en países europeos inclusive, afirme su "personalidad jurídica única" con lo que se expresa que abarca la totalidad de su organización y de sus funciones. Pero a su vez, dentro de esa "organización unitaria" se produce una descentralización de funciones, creándose centros de decisión con personalidad y, por tanto, con capacidad de ser titular de relaciones y

⁵⁶ Vid Girón Tena, ob. cit, página 54 y ss, en Alberto Alonso Ureba, La Empresa Pública, aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico (Madrid: Montecorvo S.A, 1985), 232 y 233.

actividades jurídicas propias, existiendo también la descentralización mediante órganos no personalizados (unidades de negocio por ejemplo⁵⁷).

Para el doctor Roberto Dromi, la noción de empresa pública constituye:

" no una sola categoría sino que, por el contrario, presenta distintas modalidades: entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; empresas mixtas; empresas privadas controladas y/o administradas por el Estado. Las empresas del Estado son entidades Estatales descentralizadas que realizan actividades de índole comercial o industrial, organizadas bajo un régimen jurídico co mixto, semi administrativo, regidas alternativamente por el derecho público o por el derecho privado, según la naturaleza de sus actos. Las empresas del estado constituyen una solución intermedia entre el ente autárquico, íntegramente estatal y dotado de prerrogativas de poder público, y la sociedad del Estado, regulada por el derecho privado.⁵⁸

Para Soldevilla, existe una razón de ser de la existencia de una empresa pública, y estas se interrelacionan a las políticas de intervención económica ejecutadas por los gobiernos bajo sus ideales de desarrollo económico, así señala que *"El interés general de crear, desarrollar o perfeccionar empresas en provecho de la sociedad ha justificado la intervención del Estado en el mercado en régimen de concurrencia no monopolística. Existen causas suficientes distintas al puro servicio público, pero relacionadas al bienestar social, que han motivado a los poderes públicos para establecer empresas públicas donde la iniciativa privada era insuficiente⁵⁹"*

Esta concepción de la razón de existir de una empresa pública, dista y es diferente a las anotadas en anteriores líneas, ya que señala que la creación de una empresa del Estado no se desarrolla únicamente en el orden de un interés público que satisfacer, sino que este puede nacer por cuanto la iniciativa privada ha dejado de ser eficiente, y por tanto se ha dejado de atender con eficacia una necesidad que a la postre podría conllevar una ganancia.

⁵⁷Artículo 4 Ley Orgánica de Empresas Públicas:Las Agencias y Unidades de Negocio son áreas administrativo - operativas de la empresa pública, dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la referida empresa, que no gozan de personería jurídica propia y que se establecen para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.

⁵⁸ Roberto Dromi, Empresas Públicas de Estatales a Privadas (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006), 17.

⁵⁹ Emilio Soldevilla García, La Gestión de la Empresa Pública (Madrid: Pirámide, S.A., 1978), 53.

Con una visión próxima al ordenamiento y modelo de desarrollo económico inserto en la Carta Fundamental ecuatoriana, la Secretaria Nacional de Planificación, SENPLADES, organismo de la administración pública que visualiza y dirige la actividad planificadora estatal, explica el rol fundamental de las empresas públicas ***"para la prestación de servicios públicos, la gestión de sectores estratégicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales y bienes públicos, y otras actividades que deban ser impulsadas por el Estado para asegurar su esquema de desarrollo y un nuevo régimen de acumulación."***⁶⁰(Énfasis añadido).

Esta concepción busca enfatizar las principales áreas en las que se desenvolverá una empresa pública en el Ecuador, y cuáles son sus bases para su expansión, siendo criticable el punto de razonamiento de la SENPLADES pues no se debería adoctrinar, bajo un movimiento político "revolucionario" a una unidad económica dedicada a brindar un servicio público o una actividad de interés general, pues esa finalidad pondría en riesgo y cegaría el fin y objeto último de creación de un organismo como lo es la empresa, incluso esta mala práctica en la Europa oriental avocó a su colapso junto con el sistema político que lo creó (Comunismo), por tanto es indispensable eliminar toda influencia política doctrinaria de la creación de una empresa pública sea para satisfacer el interés general, brindar un servicio público o para competir junto a la ineficiencia o eficiencia del sector privado.

Para concluir cabe dejar sentado de lo estudiado en párrafos anteriores y de las definiciones doctrinarias citadas, que la definición de Empresa Pública, en adelante E.P., se ha desarrollado desde inmemorables tiempos en la doctrina francesa, y su evolución tanto terminológica como en la práctica se ha adoptado desde una legislación a otra, eliminándose toda posibilidad de que exista un ejercicio de modelo simple de derecho comparado, es decir de adopción sin cambios de una definición o determinación normativa de una legislación a otra, pues como queda comprobado cada legislación la ha entendido y aplicado con diferencias definitorias claves de conformidad a su realidad jurídico económica.

⁶⁰Senplades, Empresas públicas y planificación: Su rol en la transformación social y productiva 1a edición (Quito: Senplades, 2013), 17

El desarrollo particular en unas y otras legislaciones, unas en mayor medida que otras, respecto a cómo se ha concebido el término E.P, su definición, características, metas y finalidad así como objetivos de creación, dependerá de las razones económicas, sociales e incluso políticas que coexistan en un determinado territorio, región y mercados físicos y virtuales, que propenden a su creación y a la actividad económica a suplir, definiendo de esa forma la visión y misión de creación de una determinada empresa de carácter estatal. Es por ello que a continuación y para aterrizar en un campo de estudio holgado, se descompondrán las características, objeto, actividad empresarial; y, campos de acción de la empresa pública, para con ello concebir de manera más objetiva en qué consiste esta unidad económica de producción de bienes y servicios a cargo del Estado.

1.1.5.- Características de la Empresa Pública

"Mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean lícitos (artículo 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los Órganos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el art. 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía públicas."

Con esta pequeña introducción Juan de la Cruz Ferrer, en sus apuntes de Derecho Económico Público, concibe una importante y principal característica de la Empresa Pública, y es que en el sentido económico sus metas, actividad empresarial de giro de negocio; y, objetivos operaran siempre en razón del **interés público**.

El interés público es entendido *"como una garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada."*⁶¹, garantía que se concreta

⁶¹ Carla Huerta Ochoa, El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional (México: repositorio de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010), 8.

en las actividades ejecutadas por el Estado y direccionadas a la satisfacción de una necesidad colectiva. Debido a esta característica, propia del servicio público, se pueden derivar muchas otras por ejemplo la regulación y control, las medidas económicas para generar subsidios, las cuales se enfocarán en generar un estándar de bienestar común público; así el objetivo y planes trazados para el ejercicio económico de la empresa pública se basará conforme lo establecen las normas creadas bajo la característica de interés público, en los planes y programas de la política pública, es decir en un sin número de particularidades intrínsecas al interés general del Estado, conformado por la población, ligadas al quehacer de las empresas públicas y a los principios que las rigen⁶².

Otra característica propia de la empresa pública **es la autonomía administrativa, presupuestaria y financiera**⁶³ de las que pocas organizaciones que dependen del Estado gozan, entendida como la facultad de ciertos organismos que generan su movimiento financiero en base a un patrimonio propio, ganancias y excedentes producidos dentro de un ejercicio económico, así como de un porcentaje de asignación estatal, siendo lo ideal que este porcentaje sea mínimo, pero que sin embargo será utilizado de forma autónoma para cubrir sus necesidades y cumplir su metas mediatas.

La autonomía económica, administrativa y financiera, se refiere a la creación de procedimientos independientes, al ser entidades descentralizadas, con el objetivo de generar un estándar propio de desarrollo y de creatividad en el alcance de metas, gestión de objetivos en el corto y largo plazo y en lo principal un progreso que la lleve al éxito, sin depender de los recursos financieros y por tanto de los estándares que regulan la administración pública en lo administrativo y financiero, sin extremar sus actividades en el

⁶² Artículo 3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009) PRINCIPIOS.- Las empresas públicas se rigen por los siguientes principios: 1. Contribuir en forma sostenida al desarrollo humano y buen vivir de la población ecuatoriana; 2. Promover el desarrollo sustentable, integral, descentralizado y desconcentrado del Estado, y de las actividades económicas asumidas por éste. 3. Actuar con eficiencia, racionalidad, rentabilidad y control social en la exploración, explotación e industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables y en la comercialización de sus productos derivados, preservando el ambiente; 4. Propiciar la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad, continuidad, seguridad, precios equitativos y responsabilidad en la prestación de los servicios públicos; 5. Precautelar que los costos socio-ambientales se integren a los costos de producción; y, 6. Preservar y controlar la propiedad estatal y la actividad empresarial pública.

⁶³ Artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009).

lucro privado, pues lo óptimo es que sus excedentes se redistribuyan para el beneficio colectivo.

En lo referente a su tratamiento administrativo, por ejemplo, para la selección del personal, es sin duda una entidad con procedimientos internos que no tienen más regulación que la Ley de origen que las rigen. En el caso ecuatoriano la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en adelante LOEP, es la que regula en lo administrativo, sin embargo se gobernarán en forma subsidiaria por las normas de la administración pública, de ello se colige que puede ser opcional una vez analizada su estructura de creación, que el Directorio empresarial de una E.P cree una estructura interna administrativa basada en las normas de administración pública (por ejemplo la Ley Orgánica de Servicio Público-LOSEP) así como los procedimientos, flujos de trabajo y demás actividades que la potencien, siendo el régimen común que las E.P generen sus propios flujos gramas de trabajo, como lo indica la propia Ley Orgánica de Empresas Públicas en el artículo 4 antes citado y que da paso incluso a una autonomía de gestión.

Otra característica que se ha podido anotar desde la concepción misma de empresa pública es **su concurrencia al mercado junto a la iniciativa y empresa privada**, así "*la distorsión de los valores de los valores de producción y de venta en los bienes públicos no ha repercutido gravemente en la economía nacional pero a medida que lo público ha ido ganado terreno sobre lo privado, la extorsión ejercida sobre el valor real de mercado en las empresas publicas ha influido en el quebranto económico y en la inflación del sistema.*"⁶⁴

De la característica citada, una connotación muy relevante se le da en el aspecto económico a esta unidad de negocio estatal pues su influencia es colectiva local e internacional. Efectivamente el Estado participa en el mercado, así lo dice el artículo 283 y 284 constitucionales, y las definiciones y principios básicos insertos en la LOEP, sin embargo las repercusiones pueden ser significativas ya que el objetivo de las empresas públicas debería ser no monopolístico y nunca subsidiario para enfocarse únicamente en satisfacer una necesidad colectiva en base a políticas de incentivos económicos a población

⁶⁴ Wagner Sosa, Organización y control del sector empresarial público en España (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971), 20.

de escasos recursos, por ejemplo subsidios, sino más bien que su gestión y desarrollo de negocio debería apuntar a la competitividad sana y responsable en el mercado, sentando medios de equilibrio económico, siempre como se analizó en los puntos anteriores con miras a la generación y redistribución de riqueza, mayores fuentes de ingresos y, que por su puesto, la iniciativa y empresa privada apunten a reducir sus costos para generar un ambiente de bienestar dentro del mercado de consumidores, sin que esto signifique competencia desleal.

Al respecto de esta característica Soldevilla indica que dentro de la gestión empresarial estatal, el móvil que empujó al poder político a constituir estas empresas fue el interés público, tanto para la obtención de ingresos derivados del monopolio de explotación, como para la ejecución de los servicios colectivos con mayor seguridad y que el empresario no se atrevió a asumir. Así enfatiza que el riesgo de estas actividades anulaba el interés económico del empresario privado, por lo cual se dio mayor protagonismo a la iniciativa pública, pero estos negocios y la iniciativa privada solo entro en ellos cuando las causas de riesgo desaparecieron.⁶⁵

La dinámica revelada es parte de la coexistencia de fuerzas y poderes económicos dentro de un mercado, que se podría denominar sano, ya que existe el interés los actores privador públicos locales e internacionales y factores económicos para lograr un objetivo y potenciar sus metas empresariales; sin embargo la concurrencia del Estado junto con la iniciativa privada en el mercado como lo señala Soldevilla, provocó que ciertos sujetos y empresarios privados desistan de intervenir en actividades productivas de gran y pequeña escala por cuanto el riesgo para su coste de producción no alcanzaría las metas de utilidades y réditos al final del ejercicio económico, es por ello que esta característica de una E.P resulta en una especie de contradicción al modelo participativo e inclusivo económico constitucional, pues la idea es no ahuyentar la iniciativa privada en proyectos de monopolio natural del Estado, sino más bien invitarla a participar como un socio estratégico dentro de las actividades productivas.

Una característica, de las más importantes que se pueden extraer de la LOEP, es que por *default*, y mandato de Ley, la gestión de una E.P estará encaminada **a la gestión de**

⁶⁵ Emilio Soldevilla García, La Gestión de la Empresa Pública (Madrid: Pirámide, S.A., 1978), 65.

sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

Ahondar en esta característica supondrá sin duda inmiscuirse a fondo de la noción de las actividades económicas que le corresponden al Estado, en pocas palabras a la teoría del servicio público, razón por la cual se enfocará el presente análisis y en líneas posteriores, a la **gestión de sectores estratégicos**.

No obstante a modo de pastilla introductoria el Doctor Efraín Pérez señala que *"Los llamados sectores estratégicos de la economía se definen como aquellos "que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental" y concluye señalando que "...corresponden a la empresa pública serían todas las que corresponden a los emprendimientos que desarrollan los actores económicos privados, es decir cualquier actividad industrial o comercial que desarrollan los particulares."*⁶⁶

A esta característica se suma la que la empresa creada por el Estado, debe ser competitiva en el mercado y ajustarse a las leyes generales del mercado así indica el tratadista Francisco Ordoñez que las empresas públicas deben reunir todas las condiciones precisas para que sean competitivas y rentables en el mercado. La actividad de estas empresas prescinde de la producción de bienes y servicios considerados como esenciales para la población y se dedica a la fabricación de productos normales de mercado⁶⁷.

La gestión de sectores estratégicos a cargo de Empresas Publica, supone una gran responsabilidad y una inmensa oportunidad de crecimiento macro económico. En la actualidad el Gobierno del Ecuador, junto a todo el aparato Estatal, sumado a los prestamos de países desarrollados, han enfocado sus esfuerzos en potenciar esta característica de la Empresa Pública, y ese le ha encargado el desarrollo de innumerables mega proyectos como el de los Hidroeléctricos, cuyo objetivo final es el de eliminar los subsidios para el año 2017 a este rubro, lo que significara un ahorro importante para el gasto fiscal. Así mismo se han efectuado a inicios del año 2016 dos concesiones a empresa privadas para la

⁶⁶ Efraín Pérez, Derecho Administrativo normativa Jurídica y Doctrina (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 182.

⁶⁷ Francisco Ordoñez, el Instituto Nacional de Industria en la economía y la sociedad españolas (Madrid, INI, 1974), 63.

explotación minera, sin embargo estas estarán a cargo de empresas públicas para la administración de ciertas ramificaciones que se derivan de la ejecución de los mega proyectos mineros.

En definitiva lo que se visualiza es lo estipulado en la norma constitucional, siendo las actividades de construcción y mineras unas algunas de las tareas encargadas a la E.P, pues en temas de ambiente, telecomunicaciones y otros sectores, también se encuentran destacándose en su participación.

Otra característica importante que define la esencia misma de una empresa pública, es la de **su órgano de creación**. En concordancia con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, puede crearse una E.P a través de un órgano descentralizado autónomo, por ejemplo un gobierno autónomo descentralizado municipal o provincial, además lo puede hacer el Ejecutivo, las universidades públicas, e inclusive las pueden crear cuando existen asociaciones público privadas, a propósito de la reciente Ley creada para dichas asociaciones en el mes de octubre de 2015 por la Asamblea Nacional ecuatoriana.

Obviamente si la creación proviene de un órgano académico como lo es una universidad estatal, su objeto de creación especializado será para el desarrollo de iniciativas productivas e investigativas o de educación que vayan de la mano con la razón social de la universidad que la crea, por cuanto esto permitirá la explotación de la experiencia y el talento humano que pertenecen a su órgano de creación.

Estas empresas, y conforme la característica que se analiza, en razón de Soldevilla, su concurrencia al mercado obliga a someterse a las condiciones de oferta y demanda de los recursos que emplean y de los productos que venden. A menos que hayan circunstancias especiales que exijan una excepción, la gestión de las empresas publicas en el mercado deben cumplir las mismas condiciones que justifican la inversión en una empresa privada⁶⁸, siendo las entidades que las originan quienes determinaran el campo de acción, especificidad, y estrategias que empleen para su consolidación.

Otra característica de las E.P es **su régimen de regulación, control y de patrimonio**, al respecto el profesor Juan Carlos Cassagne, señala:

⁶⁸ Emilio Soldevilla García, La Gestión de la Empresa Pública (Madrid: Pirámide, S.A., 1978), 55.

"la distinción se apoya en el tipo o grado de vigilancia que el Estado ejercite sobre el ente. En razón de la importancia o fuerza de este contralor, la entidad será pública o privada ... para el efecto señala Marienhoff en su tratado de Derecho Administrativo que los datos que revelaran que un ente actúe bajo el Derecho Público y que dispone de prerrogativas de poder público deben responder al siguiente criterio: a) obligación del ente hacia el Estado de cumplir con sus fines propios, que han de ser de interés general, pero sin que sea necesario que coincidan en todo o en parte con los fines específicos del Estado; b) otorgamiento de al ente de ciertos derechos de poder público; c) control constante del Estad sobre el ente..."⁶⁹.

En base a lo expuesto es evidente que existe sobre una E.P, la capacidad de control de carácter estatal, pues en este organismo se desarrollan actividades propias de fines específicos del Estado, se ejecutan derechos de poder público y sobre todo porque una parte de las asignaciones para el presupuesto de ejecución provienen del erario público.

Por otra parte, en relación a la característica citada es indispensable comprender que el control se enlaza directamente al origen económico del patrimonio de una E.P, esto en palabras de Juan Carlos Cassagne, *"Su capital y patrimonio reviste carácter estatal. Se trata de un patrimonio de afectación conforme al criterio de la Corte Suprema..."*⁷⁰. En este sentido se comparte el contenido de la legislación ecuatoriana, ya que en el acto de creación de una E.P siempre estará presente un capital accionario predominante del Estado, una aportación de patrimonio como es el de activos fijos, bienes muebles e inmuebles; por tanto, como se indico en la característica anterior, se rendirán cuentas a los organismo adscritos a la función administrativa, los cuales son capaces de controlar su gestión.

Finalmente una de las características más importantes y complejas, por cierto, que forma parte esencial de una empresa pública **es el tipo de empresa pública que se puede fundar**, así tenemos a las :

Empresas de economía mixta, es decir aquellas empresas que se conforman por la unión de las reguladas por la Ley de Compañías y las reguladas por la LOEP, sociedades del estado y sociedades de capitales privados. Entre estas se pueden citar como ejemplo las

⁶⁹ Juan Carlos Cassagne Derecho Administrativo tomo I (Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2006), 236.

⁷⁰ *Ibíd.*, 382.

que el Doctor Pérez menciona compañías privadas comerciales incautadas por el Estado; empresas mixtas con participación mayoritaria de empresas públicas tienen competencias para gestionar y ser delegatarias de sectores estratégicos y prestar servicios públicos.⁷¹

Sociedades anónimas de capitales públicos, en este caso la LOEP contempla la capacidad de realizar actividad mixta en áreas y condiciones determinadas, por ejemplo la posibilidad, como es el caso real, de empresas de gestión de energía eléctrica anónimas que pertenecen al Estado. Al respecto el Doctor Pérez indica que *"Con el mandato 15, que siguen operando como sociedades anónimas reguladas por la Ley de Compañías". La LOEP expresamente dispone que los contratos convenios y más actos jurídicos celebrados conforme los estatutos sociales de las sociedades anónimas, sujetas a la Ley de Compañías, mantienen su vigencia, no obstante que los procedimientos administrativos de su ejecución se desarrollan según la LOEP⁷²."*

1.1.6.- Tipos de Empresas Públicas y su actividad empresarial

Existe una clasificación particular y que es propia de las características de las empresas del Estado, por su capital, por el territorio y por su objeto, siendo esta última la clasificación que tendrá una mayor relevancia para el tema de análisis pues existen empresas que utilizarán más o menos, dentro de su periodo de existencia, las contrataciones de giro de negocio, dependiendo esta de su objeto de creación.

a) Por su Capital

Conocemos de los antecedentes de la LOEP y de las disposiciones que de ella emana, que la mayoría de las empresas públicas ecuatorianas, cuya creación, organización y gestión corresponde al Estado Central, están constituidas con un aporte de capital del cien por ciento perteneciente al Estado.

⁷¹ Efraín Pérez, Derecho Administrativo, Normativa Jurídica y Doctrina (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 185 y 186.

⁷² *Ibíd*,188.

Sin embargo existen empresas públicas que al asociarse con empresas privadas, estas se denominan las sociedades de economía mixta, a las cuales el profesor Gordillo las identifica en el aparato estatal Argentino y el artículo 4 de la LOEP, en la legislación ecuatoriana, asimila dicha clasificación, con lo cual podemos concluir que existe una regulación similar de las empresas del Estado, en las legislaciones foráneas.

De otra parte Gordillo indica que existe la posibilidad de conformar sociedades mercantiles o civiles (en cuanto a su forma: o sea, sociedades anónimas, etc.) cuyo capital se encuentra en manos del Estado⁷³;

Otras según el autor son las empresas subsidiarias, entendidas como sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria.

Eventualmente, una figura intermedia entre el “establecimiento público de carácter industrial y las sociedades mercantiles o civiles, en cuanto se trataría de un ente estatal descentralizado, organizado bajo un régimen semi-administrativo, y regido alternativamente por el derecho público o el derecho privado según la naturaleza de sus actos. Este sería el caso de las “empresas del Estado” del derecho argentino y de parte de las “empresas públicas” del derecho francés, y también de sus “establecimientos públicos industriales.”.

Las Agencias y Unidades de Negocio son áreas administrativo - operativas de la empresa pública, dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la referida empresa, que no gozan de personería jurídica propia y que se establecen para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.

b) Por el objeto, sector y actividad a desarrollar

⁷³ Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006), 472.

El objeto, sector y actividad, se relaciona de manera directa con el giro de negocio de la EP, es por ello que a través de la norma creada para el efecto, absolutamente todas las empresas del estado pueden acudir al giro de negocio como modalidad de contratación, pero con las salvedades que cada una de sus características y actividades empresariales lo permitan.

En este sentido el artículo 315 de la Constitución señala que 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.

De esta forma en el citado artículo Constitucional, encontramos una amplia clasificación, que en sí, se relaciona al tema propuesto en el presente trabajo, es decir el objeto, sector y actividad a desarrollar por parte de la empresa pública. En ese sentido se la podría clasificar de la siguiente forma:

b.1) Empresas públicas dedicadas a la prestación de Servicios públicos

La teoría del servicio público, desde el punto de vista del derecho, se atribuye al profesor francés León Duguit, quien, con fundamento en la idea de la solidaridad social y la convivencia humana, propuso que debe existir una asignación de obligaciones tanto a los gobernantes como a los gobernados.

Las obligaciones o deberes de los gobernantes, según Duguit, dentro de un Estado son la de la prestación de ciertos servicios públicos, en dicha teoría cuyas actividades prestacionales son titularizadas por el Estado en razón de su carácter esencial para la comunidad, asumiendo la Administración un poder de disposición y control sobre dichos servicios, cuyo ejercicio y régimen jurídico está sometido al Derecho administrativo.

En ese orden de ideas los servicios públicos de alcantarillado, seguridad, agua potable, recolección de basura, transporte, se traduce en actividades técnicas destinadas a satisfacer, de manera uniforme y continua, una necesidad de carácter general, con sujeción a un régimen jurídico exorbitante del derecho ordinario, ya por medio de la administración

pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio de toda persona.⁷⁴

En este caso las empresas públicas, de este tipo, podrán ejecutar ciertas contrataciones para satisfacción de sus necesidades empresariales públicas, que a su vez permitirán satisfacer las necesidades de interés público en la prestación de servicios públicos, por ejemplo la empresa de agua potable podrá acudir al giro de negocio con el objetivo de contratar servicios especializados que aprobados por el SERCOP, le permitan dotar de una mejor prestación para el usuario.

b.2) Empresa públicas dedicadas al desarrollo de otras actividades económicas

Las empresas públicas además de las actividades que señala el artículo 315 de la constitución, también pueden ejecutar actividades que satisfacen las necesidades no prioritarias de los ciudadanos, no ligados necesariamente a la atención de requerimientos domiciliarios donde habitan⁷⁵ y que no se relaciona a la administración de los sectores estratégicos como tal.

Empresas que por ejemplo se dedican a la transportación de personas por vía aérea, carga de bienes y distribución de servicios, a la entrega de correspondencia, provisión de entretenimiento, entre otras actividades que se desarrollan en torno al giro de negocio.

Estas actividades delimitan un campo de acción y de regulación a la vez, por cuanto la empresa pública dependerá de las actividades que pueda ejercer en relación a su giro de negocio, para aplicar ciertas modalidades de contratación dentro de su actividad empresarial.

Por ejemplo la compañía TAME EP, podrá contratar ciertos bienes y servicios específicos dentro de su actividad empresarial, bajo las regulaciones del giro específico de negocio, sin embargo al no ser un servicio público propio se verá limitado a la ejecución de

⁷⁴ José Fernández Ruiz, *Disertación sobre el servicio público* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2010), 13

⁷⁵ Antonio José Sánchez Sáez, *Servicio Público análisis y disertación* (España, Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, 2014)16.

lo autorizado por el SERCOP, para satisfacer su actividad empresarial, más no una actividad de interés público.

1.1.7.- Las Empresas Públicas y los Sectores Estratégicos

El texto constitucional es directo⁷⁶, sin rodeos indica que el Estado con su capacidad de *dominium* puede reservarse el derecho de administrar y gestionar acciones empresariales, mercantiles, en definitiva económicas en los sectores estratégicos, siendo estos los que por su magnitud e importancia en el mercado tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, orientados al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Esta cuestión genera una serie de dudas que se pretenden aclarar en estas líneas, para lo cual es necesario ligar el fin de creación de una E.P, con lo que significa en el imaginario general, un sector estratégico.

El Doctor Pérez, respecto a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el fin de creación de una E.P, en concordancia con el análisis constitucional ⁷⁷ señala *"que tal como se encuentra establecido en la Constitución es "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... conforme los modelos tradicionales de la empresa pública, se considera su desarrollo para la implementación y cumplimiento de políticas públicas económicas, sociales y de control de los mercados para corregir distorsiones y concertaciones que menoscaban la competencia, así como prestar apoyo económico y compensación a [sectores económicos y sociales determinados]. La práctica internacional de la empresa pública también le encarga la actuación en áreas geográficas y económicas donde no incursionan las empresas privadas por su escasa rentabilidad"*⁷⁸.

⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador artículo 313 *"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..."*

⁷⁷ Constitución de la República del Ecuador artículo 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..."*

⁷⁸ Efraín Pérez, Derecho Administrativo, normativa Jurídica y Doctrina (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 190.

De este análisis que efectúa el profesor Pérez se pueden sintetizar varios fines de creación de una E.P, así se tiene:

- 1) Creadas para la gestión de sectores de vital importancia por razones económicas, ambientales, políticas, geográficas y sociales;
- 2) Creadas para la gestión de actividades empresariales públicas y privadas de competencia nacional e internacional;
- 3) Gestión y cumplimiento de políticas públicas; y,
- 4) Control de los mercados, para corregir distorsiones y mejorar la competencia.

La denominación de estratégico como lo indica el profesor Pérez, en el Ecuador, no prejuzga el contenido de esas competencias, pero evidentemente no otorga un dominio o propiedad al Estado, sino que ordena un control y regulación, ejercido con carácter de exclusividad. En ese sentido el Estado puede delegar su participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas de mayoría estatal; y, de forma excepcional, a la incitativa privada y la economía popular y solidaria.⁷⁹

Un sector estratégico debe ser entendido como el área de actividad económica de especialidad en la cual el Estado se reserva su intervención exclusiva, la cual por su importancia social, ambiental, económica, geográfica y política, permite obtener beneficios rentables, cumpliendo con el principio de interés público, orientándose al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Sin descuidar lo citado en paginas anteriores, respecto a que la inversión que se haga en estos organismos empresariales estatales deberá mantener la misma lógica que para la inversión en una empresa privada, es decir con el objetivo de beneficiar a los inversionistas (Estado) y satisfacer una necesidad de la población.

Los sectores estratégicos definidos en la Constitución del Ecuador⁸⁰ son:

- La energía en todas sus formas,
- Las telecomunicaciones,
- Los recursos naturales no renovables,
- El transporte y la refinación de hidrocarburos,

⁷⁹ *Ibíd.*, 152.

⁸⁰ Artículo 313, Constitución de la República del Ecuador (Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008)

- La biodiversidad y el patrimonio genético,
- El espectro radioeléctrico,
- El agua, y los demás que determine la ley.

El principio de especialidad de las empresas públicas, enlazado a la previa definición de sectores estratégicos, permite obtener al lector un interesante acercamiento al conocimiento del porque una E.P se alinea a una determinada actividad estratégica. En el caso concreto el profesor Ureba indica:

"el Tribunal Supremo inicio el análisis de esta necesidad justificada en la especialidad de la empresa... ya que en los estatutos de creación no especifica ninguna concreta actividad o negocio que se vaya a realizar, sino solo los indicados enunciados generales. Este evidente hecho e indefinición de las concretas actividades o negocios de la sociedad conculcaba evidentemente el principio de la especialidad de la empresa pública que exige determinar con rigor y precisión el objeto de las empresas públicas y la actividad o negocio que ella deba desarrollar, pues solo conociéndolos la misma podrá examinar en todos sus aspectos (técnico, económico, social, jurídico) y se podrá determinar después objetivamente si su ejercicio conviene o no al interés público, es decir si interesa al bien común que se cree y nazca una empresa pública que ejerza aquella o aquellas concretas actividades empresariales o económicas."⁸¹

Como se ve en este apartado, el autor tomando la experticia de los jueces Supremos de España, enlaza con sensata virtud la necesidad de especificar el giro o la actividad de la empresa pública, pues ello supone establecer la razón ideal y material de su creación y el interés de definir su existencia para la cual se hará una inversión de varios recursos, que no se limitan a los económicos.

Analizado este texto comparado de la legislación española, se aclara cualquier duda y aplicabilidad del citado principio de especialidad, es por ello que se entiende la concreta definición de sector estratégico en el marco de creación de una E.P. Ahora

⁸¹ Alberto Alonso Ureba, La Empresa Pública, aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico (Madrid: Montecorvo S.A, 1985), 241 y 242.

bien, no se limitará la creación de una E.P a esos sectores de trascendencia económica, social, ambiental y política sino que además puede proyectar su desarrollo a sectores de interés asociativo privado y comercial internacional lo cual es una de las grandes ventajas de la legislación ecuatoriana, para el ámbito de acción y gestión.

En ese sentido la propia LOEP, en el artículo 2 dispone:

*"Art. 2.- OBJETIVOS.- Esta Ley tiene los siguientes Objetivos:
9. Establecer mecanismos para que las empresas públicas, actúen o no en sectores regulados abiertos o no a la competencia con otros agentes u operadores económicos, mantengan índices de gestión con parámetros sectoriales e internacionales, sobre los cuales se medirá su eficacia operativa, administrativa y financiera."*

En el Ecuador, desde hace varias décadas como se explicó en el capítulo primero, la administración pública central ha volcado sus esfuerzos en despuntar la actividad económica pública, muestra fehaciente de ello es la marcada tendencia legislativa hacia la creación de la normativa que permita la oficiosidad de las empresas estatales en la economía.

Si bien desde la constitución del 98, bajo la influencia de la doctrina de la economía social de mercado, se podía evidenciar una leve impulsión del Estado en la economía, es con la Constitución del 2008 en la que el Estado se convierte en un actor principal de la economía a través de la creación de empresas públicas para la gestión de los sectores estratégicos, rol que el gobierno central lo asumió y ha venido desempeñando con la mejor firmeza pese a las adversas circunstancias económicas actuales, pero sin duda con un horizonte lleno de prometedores resultados, si es que se ejecutan de forma eficiente los planes de gestión y administración pública.

Esta afirmación se hace evidente al momento de leer las disposiciones constitucionales antes citadas, pues de lo que se ha podido evidenciar en la práctica comercial y empresarial pública de otros países de la región, gestionar la creación de empresas estatales resulta en un riesgo que no se asume ni se presupone en su totalidad, ya que lo que se busca a futuro y en el largo plazo, es que la inversión en estos sectores

provenza de capitales privados e internacionales frescos los cuales en muchas de las ocasiones producen endeudamiento sobrevalorado para la capacidad impositiva de un país.

Sin embargo de administrarse y proyectarse bien las metas, tareas y objetivos estatales para el desempeño de actividades empresariales públicas, son muchas las ventajas que se podrían obtener al gestionar sectores magnos, como son los estratégicos, independientemente del país bajo cualquiera de los sistemas económicos y de gobierno que se puedan plantear.

Paul Garfield⁸², al ejecutar un análisis de los pro y contras del establecimiento de entidades empresariales públicas que gestionen sectores estratégicos, indica algunas ventajas:

- Establecimiento de servicios (agua, luz, telefonía) a menores costos;
- Revisión de subsidios a determinados sectores estratégicos;
- Establecimiento de empresas sólidas con capacidad de exportación de bienes y servicios;
- Utilidad aprovechable para el erario público estatal;
- Competitividad con economías de la región;
- Proyección hacia capitales extranjeros y nacionales;
- Inversión público privada en el corto y largo plazo;
- Disminución de la salida de divisas;
- Generación de empleo;
- Generación de riqueza; e,
- Investigación y desarrollo tecnológico con alcance global.

Estos y muchos otros serían los beneficios a obtenerse del establecimiento de planes y políticas claras en el desarrollo empresarial público el cual se debe explotar por el Estado de manera razonada, y el cual debe desarrollarse por la doctrina local encontrando la mejor fórmula para su proyección empresarial; por tanto es deber indispensable del estudio del Derecho Administrativo de esta materia, pues sin duda el ejercicio de las atribuciones establecidas en la Ley para las E.P, forma parte del control y monitoreo que realiza la

⁸² Paul Garfield, *Public Utility Economics* (New Jersey, Prentice-Hall, 1964), 108.

administración pública en torno a la evolución de la actividad económica en una determinada región.

Las empresas públicas, vistas todas las características que las cobijan, los principios que las guían y las definiciones que las explican, dejan de ser organismos autónomos con un aporte estatal importante para el ejercicio del interés público, y pasan a ser motores generadores de utilidades, excedentes, en términos coloquiales, ganancias para el Estado.

Efectivamente se ha detallado que el fin último de la empresa pública es la satisfacción de una necesidad, visto el principio de interés general, en resumen el desarrollo de servicios públicos y actividades que generen beneficio social pero también económico.

Al leer cada una de las líneas de los artículos 313 y 315 constitucionales, el pensamiento pasa a ser el de una economía de mercado competitivo estratégico, un mercado regido por las leyes de la economía mercantilista, las cuales apuntan a obtener un beneficio más allá del social.

La LOEP es prueba fehaciente de la citada conclusión, pues dicha Ley Orgánica en el artículo 39⁸³ explica y dispone que las E.P **deberán propender a través de las actividades económicas que realicen, a generar un excedente y superávit**, se hace evidente que las E.P son creadas con un alto valor agregado, que supone inversión, esfuerzo y tiempo para que rinda los frutos deseados, pero siempre con el objetivo y máxima fundamental: SUPERAVIT.

Si bien en el giro de negocio de las empresas públicas, a través del manejo y gestión de los sectores estratégicos, se genera un superávit o ganancia, no se destinan las mismas

⁸³ Ley Orgánica de Empresas Públicas artículo 39.- EXCEDENTES.- Las empresas públicas deberán propender que a través de las actividades económicas que realicen se generen excedentes o superávit, los que servirán para el cumplimiento de los fines y objetivos previstos en el artículo 2 de esta Ley. El Directorio deberá establecer el porcentaje destinado al presupuesto de inversión y reinversión que le permita a la empresa pública, sus subsidiarias, filiales, agencias, unidades de negocio cumplir con su Plan Estratégico y Planes Operativos y asegurar su vigencia y participación en el mercado de su sector. En cuanto al reparto de excedentes, aquellos que correspondan a la participación de la empresa pública, observarán los principios y normas previstos en el artículo 315 de la Constitución de la República, es decir se destinarán a la inversión y reinversión en las mismas empresas, sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado para que sean utilizados en los fines que la Función Ejecutiva considere pertinente, con excepción de los correspondientes a los gobiernos autónomos descentralizados que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 292 de la Constitución de la República, se considerarán recursos propios que se integrarán directamente al presupuesto del gobierno autónomo descentralizado correspondiente. Los excedentes que conciernan a la participación del o de los demás socios de la empresa de economía mixta, se regirán por la legislación societaria.

para los asociados, sino a la reinversión de lo ganado en la propia empresa y el restante a destinarlo al Presupuesto General del Estado, por disposición de la LOEP, este superávit genera desarrollo y sustentabilidad para la empresa así como estabilidad en el mercado, siendo el medio de capitalización a través del cual, se puede mantener una estabilidad pues ofrece liquidez, ahorro y poder adquisitivo para la E.P.

El comportamiento de las empresas públicas como señala Soldevilla "*debería superar las técnicas organizadoras, las productivas y las económicas aplicadas por la iniciativa privada*"⁸⁴, este comportamiento en los sectores estratégicos es muy acertado pues al ser un ámbito de actuación exclusivo del Estado y por ende de la empresa pública, se vuelve indispensable romper y superar paradigmas de administración tradicional. Así se vuelve nociva la idea de que el superávit se lo distribuya al presupuesto general del Estado, pues lo que se debería propender es que se motive al desarrollo de nuevas estrategias comerciales para el manejo de los sectores estratégicos.

En base a lo expuesto se genera una fuerte contradicción entre las metodologías utilizadas por los economistas del poder público y las de los de los clásicos, por cuanto ofertar una cierta "estabilidad" a través de postulados como el de la redistribución de la riqueza, al final del camino se vuelve insostenible cuando las prácticas empresariales son diferentes y con resultados disímiles.

Tomemos como ejemplo el caso de la empresa pública de Telecomunicaciones del Ecuador, empresa con un vasto y amplio campo de mercado en el Ecuador en el sector de las telecomunicaciones (televisión, internet, telefonía fija y móvil, networking empresarial para compra venta de equipos, entre muchos otros negocios internos), esta empresa que actualmente toma el nombre de Corporación Nacional de Telecomunicaciones-CNT, ha crecido geográfica, económica y administrativamente con el paso de los años, con millonarias cifras de ventas en el mercado local gracias a sus modelos de gestión, diseño de calidad, necesidad del consumidor y ventas.

Esta empresa pública fue hace algunos años una corporación privada, de capital estatal, la cual generaba ganancias y utilidades que eran redistribuidas en función de las leyes privadas que regían a las empresas locales, sin embargo con el apareamiento de la LOEP las reglas cambiaron y se redefinieron los objetivos, gestión administrativa, utilidad

⁸⁴ Emilio Soldevilla García, La Gestión de la Empresa Pública (Madrid: Pirámide, S.A., 1978), 57.

empresarial, y demás mecanismos de administración que regulan a esta E.P, con el fin de convertirla a la legislación local pública.

Esta empresa es un digno modelo de gestión estratégica dentro del modelo de economía de mercado actual, ya que la misma se dedica a la administración del sector estratégico de las telecomunicaciones. No obstante los excedentes y ganancias se utilizan y administran como el poder ejecutivo lo mande, lo cual le ha restado un serio desarrollo en su ámbito de acción el cual es nacional, contraponiéndose a las acciones de crecimiento que se podrían aplicar vistas las grandes ganancias que las telecomunicaciones le otorgan al Estado.

El objetivo simple y definido en la normativa constitucional⁸⁵ es que las empresas públicas se dediquen a la gestión de los sectores estratégicos, sin limitarse a ello, a través de la incursión en esas actividades exclusivas del Estado, lo no definido en la legislación local es como se debería incursionarse en cada una de las actividades, y lo más desconcertante es tener que generar ganancias para inyectarlas al erario público sin tener un motivo suficiente para hacerlo, sino que según determina la Ley esto permitirá cumplir los fines que la Función Ejecutiva considere pertinente, siendo esto una aberración del fin mismo de creación de una E.P, esto es CUMPLIR EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Por su parte la legislación y doctrina Argentina, de la mano del Profesor Dromi explican que:

*"La economía de empresa o de mercado no puede ser absoluta, pues la mayoría de los hombres no disponen de los medios que les permitan entrar de modo efectivo y humanamente digno en un sistema de empresa. El libre mercado es el instrumento más eficaz para colocar los recursos y responder a las necesidades. Sin embargo, esto vale solo para aquellas necesidades solventables con poder adquisitivo y para aquellos recursos que son vendibles a precio conveniente... La competencia es presupuesto de la libertad económica y de la protección de los usuarios y consumidores. **Garantiza la libre concurrencia a los mercados y evita toda conducta que limite, restrinja, monopolice, abuse o distorsione la libre concurrencia y que resulte perjudicial para el interés económico general. Para poder hacer efectiva la libre elección es necesario que el Estado***

⁸⁵ Artículo 313, Constitución de la República del Ecuador (Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008)

*ejerza su control en defensa de la competencia, procurando evitar los monopolios...*⁸⁶.
(Énfasis fuera de texto)

El citado análisis demuestra una configuración e ideología económica diferente, pues no se encierra en pretender que el Estado sea el único dueño de los sectores estratégicos y más bien defiende el postulado de la libertad de empresa y de la asociatividad para generar competencia, evitando los monopolios y mejorando la confianza de la inversión pública y privada, esta concepción debería ser aprendida y aplicada por el Estado ecuatoriano y por el Gobierno que lo administra, pues es importante generar espacios de mutua cooperación que permitan obtener recursos, explotarlos y generarlos en tierra nacional, inclusive para de ser el caso exportarlos, evadiendo salidas de capitales innecesarias y procurando el crecimiento económico sustentable.

El análisis precitado permite generar un puente de enlace al siguiente acápite del capítulo primero así como para el capítulo segundo el cual se dedicará al estudio del giro específico de negocio, modalidad de contratación aplicada por una empresa pública para el desarrollo de sus actividades específicas y para la generación de valor agregado en sus contrataciones, las cuales al ser de carácter estratégico en la mayoría de los casos, da un amplio campo de acción a los negocios que efectúe la E.P en su cotidianeidad, evitando de esa forma retrasos en la habilitación de una determinada tecnología, adquisición de un bien o servicio e inclusive permitiendo la proyección y concretizando un negocio específico, con personas naturales y jurídicas locales e internacionales.

En conclusión, es indispensable entender que los sectores estratégicos no son un monopolio estatal y tampoco un área de inversión intocables, sino más bien como lo señalaron los profesores Dromi y Pérez, un espacio exclusivo en donde las inversiones públicas, privadas y mixtas se desarrollan con total libertad y, en la que los beneficios puedan ser estratégicos para el desarrollo estatal y el de la propia empresa, sin menospreciar las actividades de los privados para el desarrollo de actividades empresariales oportunas en mercados competitivos saludables sean nacionales o extranjeros.

⁸⁶ Roberto Dromi, *Empresas Públicas de Estatales a Privadas* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006), 26.

1.2.- Tipos de contrataciones de la Empresa Pública

En el desarrollo de los puntos anteriores se ha logrado definir y contextualizar los antecedentes históricos, económicos, doctrinales, políticos e incluso sociales, así como la estructura y el marco económico constitucional de creación de una empresa pública y su participación en la economía, lo cual ha decir de sus características para su establecimiento implica una serie de actos y contratos que le permitirán lograr sus fines y objetivos mediatos para los que fue creada.

En este aspecto es necesario introducirse al estudio del presente acápite analizando la base legal ecuatoriana que rige la contratación de una E.P. En el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, normativa que es aplicable a las E.P por cuanto la mayoría de ellas han sido creadas por la Función Ejecutiva, se encuentran las formas en las que pueden celebrar tanto actos unilaterales y contratos administrativos.

Por otra parte la Ley Orgánica de Empresas Públicas- LOEP, en la cual se dispone⁸⁷ en relación a las contrataciones de las empresas del Estado, la existencia de un régimen especial y un régimen común para ejecutarlas, así como se encuentra inserta la posibilidad de celebrar actos, convenios, y contratos de objeto privado o parcialmente reglados por el Derecho Privado e inclusive por normativa especial de giro específico de negocio.

Finalmente las disposiciones de la LOEP, para las contrataciones en el régimen común de las E.P, estarán siempre ceñidos a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, estableciéndose como pauta general la necesidad de generar planes estratégicos para las contrataciones estatales, alineadas a los planes, proyectos y programas del gobierno central. Es por tanto indispensable citar el siguiente artículo, de la LOEP, que servirá de pauta para el desarrollo del presente acápite, en cuanto a los tipos de contrataciones de las E.P:

"Art. 34.- CONTRATACION EN LAS EMPRESAS PUBLICAS.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarbúricos, las

⁸⁷ Artículo 34, Ley Orgánica de Empresas Públicas (Quito: Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009).

contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente:

2. REGIMEN COMUN.- Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables.

Las empresas públicas procurarán adquirir productos de origen nacional siempre y cuando se encuentren en la misma condición técnica y calidad de los productos importados, para este efecto se aplicarán las resoluciones que emita el Instituto Nacional de Contratación Pública.⁸⁸

En el citado artículo se hace referencia a las contrataciones de régimen especial y el artículo 34, número 3, explica que existen procedimientos de régimen especial que podrán efectuar las empresas públicas, pero en el ámbito de la suscripción de contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, en cuyo caso **será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable, procedimientos que no corresponden al régimen especial de contratación establecido en el artículo 2 número 8 de la LOSNCP, sino a un régimen especial de contratación estratégica propio de las E.P. y que se creó en el texto de la LOEP.**

Para ello se debe rescatar que ambos regímenes infieren la responsabilidad para las instituciones y los funcionarios que hagan uso de cualquiera de los dos regímenes de contratación, siempre hacia una planificación previa alineada a los planes de desarrollo nacionales.

El régimen común de contratación que ejecuta la EP, supone la aplicación en general de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública-LOSNCP, en

⁸⁸ Ley Orgánica de Empresas Públicas (Quito: Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009)

resumen: contrataciones de ínfima, menor cuantía, subasta inversas electrónicas, licitaciones, cotizaciones, que implican el uso del portal y de las herramientas provistas por el SERCOP para el desarrollo de los procedimientos pre y contractuales como la subasta inversa electrónica y compras por catálogo. Las contrataciones de este régimen se someterán a los principios básicos de contratación pública⁸⁹ de transparencia, publicidad, vigencia tecnológica, competitividad, los cuales garantizan la correcta y transparente ejecución de los presupuestos de los que cuentan las E.P, que en una parte provienen del erario público y que son designados mediante asignación presupuestaria por el gobierno central.

En el régimen especial, al que infiere la LOEP, la tendencia es diferente, pues se regula a través de contratos, convenios normativa suscrita dentro de una alianza estratégica, o un convenio suscrito con una organización internacional, así como contrataciones de E.P a través del giro específico de negocio, además de estar esta normado por la LOSNCP; lo esta por el contenido de las bases normativas a través de los que se instrumenten cada tipo de contrataciones.

A pesar de la amplitud del artículo 34 de la LOEP, en este artículo no se habla en absoluto sobre las contrataciones de régimen de giro específico de negocio de la empresa pública, con lo cual se demuestra aun más la relatividad con la que se manejo este tema en el desarrollo normativo dejándonos como única base normativa el artículo 2 de la LOSNCP y el 104 del Reglamento de la citada Ley, lo que si se especifica son contrataciones Financiadas a través de Organismos de Cooperación Internacional⁹⁰ las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto.

En conclusión existe una moratoria por parte del poder Legislativo en el desarrollo de las contrataciones de régimen especial que podrán efectuar las empresas públicas, en su carácter estratégico y de giro de negocio. Este vacío normativo ha dado paso a una serie de irregulares, como por ejemplo obviar el control del SISTEMA NACIONAL DE

⁸⁹ Artículo 4, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Quito: Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008)

⁹⁰ Artículo 3, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Quito: Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008)

CONTRATACIÓN PÚBLICA en adelante SNCP, lo que ha permitido en algunos casos compras indiscriminadas de parte de empresas estatales que, con recursos públicos, efectúan contrataciones sin considerar el texto de Ley, y los principios de especialidad, participación nacional, igualdad y el carácter estratégico de la necesidad que debe motivar la compra, con lo cual se hace evidente que es necesario desarrollar en la doctrina y aterrizar en la legislatura, reglamentos y normativa interna del SERCOP para que este régimen especial de giro de negocio se vea plasmado en un cuerpo normativo claro y sin lugar a manipulaciones.

1.2.1.- Contrataciones administrativas y contrataciones de régimen de giro específico de negocio

Las contrataciones administrativas se refieren al régimen común y especial (en algunos casos), arriba citados, que podrán ejecutar y desarrollar los organismos de la administración pública para adquirir bienes, obras, servicios y consultorías, incluidas las empresas del Estado, este se regirá por las Leyes que dictare la Asamblea Nacional, el Ejecutivo las reglamentará, y el Servicio Nacional de Contratación Pública-SERCOP, determinará aspectos menores específicos de aplicación para ciertos procedimientos precontractuales.

La clásica definición y las fases del contrato administrativo establecidas en el ERJAFE, artículos 75 y 76, es una guía legal y sintética de lo que se entiende por este tipo de contratos, los cuales para los fines didácticos se cita a continuación:

Art. 75.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.

Luego de analizar el contenido legal de la disposición normativa, queda claro que son contratos administrativos, todos aquellos actos que generan efectos jurídicos entre una persona pública y otra privada u otra pública. Estos contratos se "caracterizan porque en su intervención participa el Estado, por lo general con un particular, con un fin público o

relativo a la satisfacción de una necesidad pública, sometidos al derecho público, con cláusulas exorbitantes del derecho privado, en los que el particular queda en una situación de subordinación jurídica respecto de la administración."⁹¹

Del texto legal y de la cita transcrita se deducen características que hacen de un contrato administrativo único, así por ejemplo a más de lo indicado esta la jurisdicción que conoce controversias, en el caso de existir alguna derivadas de la ejecución e incumplimiento del contrato, tal hecho es privativo de conocimiento del Tribunal Contencioso Administrativo, y en caso de que se haya pactado una cláusula de mediación esta será optativa, pudiendo preferirse la vía extra jurisdiccional.

Alejandro Olivan, profesor español, indica que a *"diferencia del contrato de derecho privado cuyas controversias se dirimen en los tribunales judiciales, la competencia relativa al contrato administrativo corresponde a los tribunales de lo contencioso administrativo"*⁹².

Otra característica sustancial del contrato administrativo es la cláusula exorbitante, contará con esta característica siempre que estipule cláusulas que rebasen la órbita del derecho privado, es decir *"cláusulas que no tendrían cabida dentro del derecho común y que ponen de manifiesto la existencia de un régimen especial de derecho público"*⁹³, entre otras ejemplificativas la potestad de exigir y persuadir al privado para renunciar a ciertos derechos que la propia LOSNCP permite, por ejemplo la renuncia al reajuste de precios en contratos de obra, que establece el Reglamento de la LOSNCP.

Ahora bien en cuanto al contrato de giro específico de negocio, el cual será ampliado en su estudio y análisis en el capítulo segundo, podemos deducir de lo anotado, que es una modalidad de contratación de régimen especial que no necesariamente puede ser categorizado como un contrato administrativo, pues están supeditadas a un régimen especial de contratación y dependiendo del bien o servicio a adquirir podrá ser distinguido como un contrato de tipo privado mercantil, ya que los proveedores en su mayoría privados, podrán negociar, modificar e inclusive solicitar a la E.P incluya y elimine cláusulas que no

⁹¹ Miguel Ángel Bercaitz, Teoría General de los contratos administrativos segunda edición (Buenos Aires: Depalma, 1980), 246 y 247.

⁹² Alejandro Olivan, Administración Pública con relación a España (Madrid: Civitas, 1843), 46.

⁹³ Héctor Jorge Escola, el Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo (México: Universidad Autónoma de México, 1987), 103.

son aplicables en sus jurisdicción local o que simplemente no son convenientes a sus intereses empresariales.

En conclusión el estudio de ambos regímenes de contrataciones a los que se encuentra supeditada la E.P, son regímenes de operación amplia para el completo desenvolvimiento de las actividades y concurrencia de objetivos, tanto comunes como específicos en torno a la actividades empresariales públicas, la cual busca convertirse en una unidad económica competitiva dentro del mercado, sea local o internacional con el fin primordial de satisfacer la necesidad e interés público, pero a la vez de ganar y generar utilidades excedentes para reinvertirlos y distribuirlos hacia el Estado.

1.2.2.- Contrato administrativo, definición naturaleza y clasificación

En este punto se debe citar la definición del ilustre maestro Marienhoff, quien define al contrato administrativo como " *el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas*"⁹⁴.

La citada definición es completa y de entrada especifica las características propias de este tipo de contratos, los cuales de manera evidente se diferencian de las contrataciones civiles y mercantiles, en las cuales no necesariamente será una de las partes un órgano de la administración pública, estas diferencias específicas lo hacen diferente de un contrato mercantil, como la asociación, alianza privada estratégica.

La finalidad en un contrato administrativo constituye la razón y la naturaleza que lo justifica, en este caso su objeto estará destinado a la satisfacción de una necesidad pública, es decir debe ser útil para la administración y cumplir los fines del Estado.

Así mismo la causa que origina el contrato administrativo se basa en la existencia de la necesidad, hasta la exitosa culminación con la entrega del bien o servicio requerido, es por ello que en las cláusulas de los contratos se establecen condiciones de terminación incluso cuando la causa que origina la necesidad, ya no conviene a los intereses institucionales, dependiendo del bien o servicio contratado.

⁹⁴Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo (Buenos Aires: Abeledo Perro, 1966), 34.

En cuanto a la clasificación de los contratos administrativos el profesor Gordillo⁹⁵ señala que existen tres tipos, en particular, entre estos señala los más importantes:

- La concesión o licencia de servicios públicos;
- El contrato administrativo no monopólico o exclusivo; y,
- El contrato “privado” de la administración.

Los contratos privados de la administración pública, en la teoría de la escuela clásica francesa, significaban para el Estado y por ende para la administración pública, la facultad de celebrar contratos de carácter civil, lo cual desconfiguraba totalmente las características propias de un contrato administrativo, siendo este tipo de contratos los que en el artículo 34, número 3, de la LOEP se especifican, cuando se tratan de alianzas estratégicas entre organismos o personas de carácter público y privado.

Esta teoría se fue disipando con el tiempo, luego de varios debates que advertían que los contratos del Estado no eran administrativos, sin embargo en la era actual se habla de una evolución del modelo clásico y han desaparecido estas afirmaciones, al respecto el profesor Dromi indica que en el derecho interno argentino, la evolución de la teoría clásica del contrato administrativo de tipo intermedio entre la concesión o licencia y el contrato de derecho privado, no implica un retorno a la teoría antigua de que esos contratos de la administración son contratos civiles, ni que existan contratos de la administración pura e íntegramente regidos por el derecho común, en el derecho interno.

Ello es así por dos razones diversas, según señala el autor una es que siguen existiendo muchas reglas propias del derecho público en los llamados contratos administrativos (suministro, obra pública, etc.); la otra es que los clásicamente considerados “contratos civiles de la administración” han sufrido una crisis y evolución en sentido inverso.

“En efecto, se ha advertido que “son muy raros —si es que los hay—,” los contratos de la administración “que se regulan únicamente por el derecho civil o comercial y deben, por tanto, calificarse de privados. La realidad muestra que en todos los

⁹⁵Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006), 130.

vínculos de la administración rige el derecho público y el derecho privado, en mayor o menor grado. Quizá sea más acertado prescindir de la expresión contrato administrativo, que sugiere una idea de oposición con los contratos de derecho privado [...] y referirse, en cambio, a los contratos de la administración.⁹⁶”

De lo anotado se vuelve oportuno el análisis de los tipos del contrato administrativos, pues si bien los contratos privados que puede celebrar el Estado, se ciñen a las normas de derecho privado, no es posible negar su esencia y caracterizarlos como de Derecho Público pues estos han nacido de un órgano estatal para cumplir con un fin de interés general público, con fondos y capital público, y bajo las normas de derecho administrativo y público que las rigen y controlan.

En este sentido Gordillo resume indicando en su criterio en cuanto a la posible existencia de contratos privados de la administración en el derecho interno es el mismo que debe tenerse en lo que respecta a la supuesta existencia de actos privados de la administración.

“Dijimos con relación a estos últimos que los actos emanados de órganos administrativos están casi siempre regidos en cuanto a su competencia, voluntad y forma por el derecho administrativo y que sólo excepcionalmente pueden estar en parte regidos, en su objeto y nada más, por el derecho privado, por lo que la predominancia neta del derecho público obliga a calificarlos como actos de derecho público, esto es, actos administrativos. El mismo razonamiento es aplicable a los contratos “civiles” de la administración: Todo lo referente a la competencia de los órganos que los celebran, al procedimiento de contratación, a las formas pertinentes, etc., se rige por el derecho público.⁹⁷”

En conclusión los contratos que celebra la administración pública tienen un régimen de Derecho Público uniforme; por tanto todos **deben ser denominados “contratos administrativos”**, sin embargo algunos de ellos no tienen el mismo régimen jurídico precontractual y contractual, por ejemplo un contrato de giro específico de negocio

⁹⁶ Roberto Dromi, Manual de Derecho Administrativo (Buenos Aires: Depalma, 1987), 1143.

⁹⁷ Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006), 145.

celebrado por el Estado, a través de sus empresas públicas, el cual a pesar de ser un contrato administrativo, goza de ciertas particularidades y en algunos casos se subsume a las normas de los contratantes y no solo a las de derecho público, ergo no todos los contratos administrativos pueden ceñirse a las normas establecidas en el régimen establecido en la LOSNCP como el artículo 104 del RGLOSNCPL lo dispone, creándose el espacio preciso para el análisis de las contrataciones que, como lo señalaron Dromi y Gordillo, son contratos anómalos en los que puede concurrir el Estado, de cara a las necesidades y emprendimientos que debe desarrollar para su beneficio, y en este caso a las necesidades y desafíos de una unidad de negocio en el mercado como lo es la Empresa Pública.

Capítulo Segundo

GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO DE LA EMPRESA PÚBLICA

2.1- Naturaleza jurídica de las contrataciones por giro específico del negocio.

Como se explicó en el capítulo primero, en el punto **1.2, Tipos de contrataciones de la Empresa Pública**, para comprender la naturaleza de las contrataciones de giro de negocio, es básico entender que este tipo de actos contractuales se rigen por el denominado RÉGIMEN ESPECIAL de contratación estatal, según lo define la propia Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 2, en adelante LOSNCP, régimen el cual se encuentra definido por algunas de las fuentes del Derecho Administrativo, que servirán para explicar este estado o naturaleza específica de contratación.

En este contexto es útil analizar las Leyes, los Reglamentos, doctrina y jurisprudencia que aproximen el conocimiento deseado. En cuanto a la base legal que rige la contratación de régimen especial de una E.P., por una parte tenemos en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, normativa que es aplicable a las E.P y sirve de base para la existencia de los contratos administrativos como tal, estableciendo las formas en las que pueden celebrar contratos administrativos.

Por otra parte la Ley Orgánica de Empresas Públicas- LOEP, es específica, amplia y dispone⁹⁸ en relación a las contrataciones administrativas de las empresas del Estado, la existencia de un régimen especial para motivarlas, así como se encuentra inserta la posibilidad de celebrar actos, convenios, y contratos de objeto privado o parcialmente reglados por el Derecho Privado e inclusive, define un leve acercamiento a la normativa especial de giro específico de negocio⁹⁹.

Ahora bien, en cuanto al régimen especial de las contrataciones, la doctrina ha señalado que esta modalidad se rige por normas de derecho público, que admiten procedimientos de selección, convocatoria y contratación con matices del contrato donde se entrelazan características de régimen privado¹⁰⁰, no obstante esto se vuelve efímero al momento de analizar las características que cobijan la naturaleza del régimen especial, el cual abre un sin número de posibilidades en cuanto a la etapa precontractual o de formación del contrato, y a la etapa contractual y de ejecución del mismo.

Para aterrizar en la naturaleza del régimen especial de contratación administrativa, no es suficiente analizar la normativa que la regula, en primer lugar se debe contrastar, entender y diferenciar características de las contrataciones del régimen común, que en parte comparte procedimientos similares y parámetros propios del régimen especial.

En el régimen común, se acentúan características propias que permitirán formar en caso de culminar exitosamente la adjudicación, hacia el contrato administrativo, como son la bilateralidad de los pliegos, obligaciones contrapuestas y consensuales en el proyecto de contrato, procedimiento de control y administración de contrato regladas por un procedimiento rígido (en la mayoría de los casos), intransferibilidad o subcontratación en un determinado porcentaje, conmutatividad, entre otros caracteres¹⁰¹.

Mientras que el régimen especial a más de incluirse dichas características, antes citadas, goza de muchas otras que se expondrán a lo largo de los párrafos siguientes, cuya expresión de especial, se ven reflejadas en parámetros de contrataciones de mayor flexibilidad en cuanto a su procedimiento, contrataciones directas (cuando existe un

⁹⁸ Artículo 34, Ley Orgánica de Empresas Públicas (Quito: Registro Oficial Suplemento 48, octubre de 2009).

⁹⁹ Disposición General SEPTIMA: SOFTWARE LIBRE, Ley Orgánica de Empresas Públicas (Quito: Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009)

¹⁰⁰ Benjamín Herrera Barbosa, Contratos Públicos (Colombia: ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2005), 50.

¹⁰¹ Ciro Norberto Guechua, Contratos administrativo, control de legalidad de los actos precontractuales (Bogotá: ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2007),172-178.

proveedor único), y contrataciones de giro específico, que se rige por las normas especiales específicas de ambas partes que lo suscriben, así como de la legislación de los países que desean generar una relación contractual.

Si se analiza punto por punto estas afirmaciones se puede deducir al régimen especial como una modalidad de contratación, con características propias y que se asemejan a las de las contrataciones administrativas comunes, sin embargo sus peculiaridades lo encaminan hacia un régimen diferente y exclusivo de contratación, dependiendo del bien o servicio a adquirir, podrá ser distinguido como un contrato administrativo, de giro de negocio, con ciertas cláusulas que se establezcan de mutuo acuerdo entre las partes, como por ejemplo en la adquisición de un bien inmueble en un país extranjero, en donde los proveedores en su mayoría extranjeros, podrán negociar, modificar e inclusive solicitar a la E.P incluya, modifique o elimine de los parámetros de contratación, ciertas cláusulas, procedimiento o contenido de Derecho Público, por no ser aplicables en sus jurisdicciones o que simplemente no son convenientes a sus intereses particulares o empresariales, coincidiendo de esa manera con las actividades empresariales públicas.

2.1.1.- Definición de giro específico del negocio.

Un vez agotado el análisis normativo y doctrinario respecto a las contrataciones de régimen especial, comprendida su razón y naturaleza de ser y algunas de las características que la componen, es prudente concentrarse en la definición de contrataciones de giro específico de negocio, modalidad de contratación especial establecida por la LOSNCP, clave en la determinación de la naturaleza jurídica del régimen especial analizado.

Pese a que es casi nulo el aporte dogmático necesario de la doctrina local e internacional, en la definición de las contrataciones de giro específico de negocio, pues se trata de teoría y normativa de gran especificidad, que no ha sido investigada, es posible desarrollar su definición en base de la concepción de las contrataciones de giro específico de negocio que se plasmaron conjuntamente con los criterios legales y técnicos, así como con los debates de formación de la LOSNCP, y por supuesto las creaciones normativas legislativas y del Ejecutivo, funciones y organismos encargados de la regulación contratación pública a nivel nacional; y, por supuesto, utilizando el universo de ideas y

teorías económicas empresariales y jurídicas que se acercan a lo que se podría definir como giro específico de negocio.

El giro de negocio se define como la *"actividad empresarial a la que se dedica la empresa y por la cual aúna todos sus esfuerzos e invierte sus recursos, humanos, monetarios, físicos y estratégicos, para alcanzar la meta productiva propuesta por la cual fue creada"*¹⁰²,

Sin embargo de lo señalado, es importante el aporte pragmático de casos particulares en los que se han contratado por esta modalidad, cuando en el campo profesional se ejecutan actividades de giro de negocio por parte de las E.P, o de las propias empresas de derecho privado, así como también en el contexto del Derecho Administrativo cuando se generan resoluciones, jurisprudencia y sentencias al respecto, dentro de los organismos reguladores de las contrataciones del Estado, como lo es la Procuraduría General del Estado-PGE- y el Servicio Nacional de Contratación Pública-SERCOP, las altas cortes de administración de Justicia, entre otras instancias, ofreciendo material jurídico para una mejor comprensión de la naturaleza y finalidad del giro de negocio de una empresa y las contrataciones afines a ese aspecto; sin olvidarnos del poco, pero importante aporte teórico de la doctrina nacional y extranjera.

Por lo pronto existe un gran reto para todos aquellos estudiosos del Derecho Administrativo, Público, Empresarial y Comercial e instancias público privadas que estudian las contrataciones de giro de negocio, el ámbito administrativo y privado, que ejecuten o no contrataciones de giro específico de negocio, pues esta herramienta de adquisición es utilizada a diario por empresas de derecho público y privado, convirtiéndose en una modalidad de contratación y adquisición *" generadora de intercambio comercial así como en un distribuidor de riqueza"*¹⁰³.

En el capítulo primero en los puntos 1.1.2 y 1.2.1 se hizo alusión a la intervención del Estado en la Economía, y a las diferencias y semejanzas entre los contratos administrativos y las contrataciones de régimen especial, ejecutadas por las entidades autorizadas para ello, bajo el régimen especial de giro específico de negocio,

¹⁰² Juan de la Cruz Ferrer, Apuntes de Derecho Público Económico, la intervención en la Economía y en la Empresa,(Madrid: Dykinson 1992), 242.

¹⁰³ Diego Hernández Pinos, Director Nacional de Asesoría, Patrocinio y Coactivas de la Empresa Pública Correos del Ecuador, entrevistado por David Morales Palacios, estudiante UASB, (Quito: Correos del Ecuador E.P, 22 de diciembre de 2015).

estableciéndose que dentro de un Estado de Derechos, el Estado busca interactuar en el mercado y que a través de la intervención se logra dicho objetivo, obteniéndose cubrir necesidades de interés público y, en general, satisfaciendo objetivos y metas planificadas como políticas estatales; en este sentido y en resumen del primer capítulo se concluyó que las entidades empresariales públicas pueden celebrar tanto actos unilaterales como contratos administrativos, actos y contratos de objeto público y privado, parcialmente reglados por el Derecho Privado e inclusive por normativa especial creada para sus adquisiciones, como lo es la de giro específico de negocio¹⁰⁴.

Al respecto el profesor Ciro Norberto Guecha catedrático de la Universidad Santo Tomas de Bogotá-Colombia, explica que existen dos tipos de contratos que puede efectuar la administración pública, los administrativos y los de derecho privado, siendo los administrativos aquellos que cumplen algunas características " *como su jurisdicción la cual es conocida por los tribunales de lo contencioso administrativo, o que su finalidad de ejecución es el cumplimiento de función administrativa. Con la llegada de la ley 80 en 1993, se pretende unificar el concepto de contratos de la administración en contratos estatales, y la jurisdicción competente para el conocimiento de sus conflictos es en principio la contencioso administrativa; perdiendo entonces la jurisdicción ordinaria la competencia para el conocimiento principal, de los conflictos de derecho privado de la Administración, ya que por excepción algunos contratos que celebra la Administración son privados y su conocimiento va a la jurisdicción ordinaria*¹⁰⁵"; y, los de derecho privado, " *aquellos en los que se interactúa con los administrados por procedimiento especiales que salen de la esfera del régimen de Derecho Público, por ejemplo la compraventa de un bien inmueble o de un bien en un país extranjero*¹⁰⁶"

Definida de forma clara la posibilidad de que la administración pública pueda ejecutar actos y contratos que salgan de la esfera del Derecho Público, pero sin que ello pueda significar que se exime su aplicación de toda la normativa que la regula; y, que se rijan por las normas y prácticas del Derecho Privado, como se acotó a breves rasgos en el capítulo primero el **giro específico de negocio**, es una herramienta útil que permite a la

¹⁰⁴ Artículo 2, número 8, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Quito: Registro oficial, 2008).

¹⁰⁵ Ciro Norberto Guecha, Contratos Administrativo (Bogotá: grupo editorial Ibañez, 2007), 172.

¹⁰⁶ *Ibíd*,176.

administración pública, en específico a las entidades autorizadas para ello (las Empresas del Estado), para dinamizar la *"actividad empresarial particular de una unidad de negocio público dentro de un mercado, para la adquisición de bienes y servicios que permitan la correcta prestación de servicios públicos, específicos, la gestión de sectores estratégicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales y bienes públicos, y otras actividades que deban ser impulsadas por el Estado para asegurar su esquema de desarrollo y de participación en el Mercado. La empresa a través de estas actividades comerciales específicas desarrolla la actividad económica que consiste en la participación o distribución de bienes o servicios a través de una unidad organizativa de medios materiales y personales."*¹⁰⁷

Este tipo de contrataciones **de régimen especial** inhibe a la empresa estatal del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Contratación Pública-LOSNCP, como lo acotó el profesor Ciro Norberto Guechua, convirtiéndose en una contratación especial ejecutada por un ente estatal, con rasgos y de características diferentes a las del régimen común de contratación, pues se encuentra identificada a las contrataciones de índole comercial que realiza la E.P., siendo una de estas características, de derecho de régimen especial, que los conflictos que se presenten en la ejecución contractual serán ventilados en la jurisdicción y bajo las cláusulas que las partes hayan pactado, previa autorización de la Procuraduría General del Estado, característica sumamente peculiar de las contrataciones de giro específico e internacional de negocio, que se analizará más adelante.

El giro de negocio, para el ente regulador de las compras públicas en el Ecuador, SERCOP, se explica a través de los documentos que ha generado en el ejercicio y análisis de las necesidades de las empresas públicas y organismos estatales en el Ecuador, que dependen del régimen especial de contratación. Es así que dentro de las competencias de este organismo público, se encuentra la calificación y aprobación de las actividades de giro específico de negocio de contratación de todas las entidades del Estado.

Con ese antecedente, así como con la creciente necesidad de dinamizar la economía y competitividad de la E.P, han sido varios los comunicados, resoluciones y guías de

¹⁰⁷ David Morales Palacios, Ejercicio de Derecho Comparado entre el Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador y el Sistema de Contratación de Los Estados Unidos de Norte América, exposición acerca de las principales diferencias y semejanzas, principios y procedimientos que rigen las contrataciones públicas de régimen especial en ambos países (Quito: repositorio de la Universidad de las Américas Lauréate Internacional University, 2011), 29.

aplicación que ha emanado de su seno este organismo, para aprobar y configurar las contrataciones y algunos procedimientos, que puede realizar una determinada entidad del Estado, en el giro específico de negocio.

En este contexto es interesante analizar uno de estos pronunciamientos, el cual se encuentra plasmado en el oficio No. DE-7837-2010 de 11 de octubre de 2010, generado en contestación a un pedido de aprobación de las contrataciones de bienes y servicios de giro específico de negocio, de la *Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador E.P. RTVECUADOR*, incluyendo el análisis legal y procedimental que sintetiza y resume la naturaleza de las contrataciones bajo este régimen especial de una empresa pública ecuatoriana.

Este pronunciamiento, en su contenido esencial, el análisis técnico y normativa que permite desarrollar y ejecutar contrataciones de giro específico de negocio, y la naturaleza del régimen que las rigen para la Empresa Pública, en los siguientes términos:

“Para efectos de aplicación del Régimen Especial de Contratación Pública, establecido en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con los antecedentes expuestos, el Instituto de Contratación Pública, en ejercicio de la competencia legalmente establecidas en el último inciso del numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, una vez analizado el giro específico de negocio propuesto por la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador E.P. RTVECUADOR, en función de la normativa vigente, aprueba la solicitud presentada. Por consiguiente, Televisión y Radio de Ecuador E.P. RTVECUADOR, en aplicación del artículo 104 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, podrá contratar respecto de los bienes, servicios y obras determinados como parte del giro específico de su negocio, de acuerdo con el procedimiento que conste en su ley específica, o en su defecto empleará las prácticas comerciales o modelos de negocio de aplicación internacional, sin sujetarse a las normas de procedimientos precontractuales contenidas en la LOSNCP.¹⁰⁸” (énfasis fuera de texto)

¹⁰⁸ Servicio Nacional de Contratación Pública, oficio No. DE-7837-2010 de 11 de octubre de 2010, expedido para la aprobación de las contrataciones de giro específico de negocio de la Empresa Pública *Televisión y Radio de Ecuador E.P. RTVECUADOR*, 3 a 4.

En relación al texto citado, se derivan algunas características propias del giro de negocio, así tenemos:

1. La base normativa se circunscribe al inciso segundo del numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP; y, artículo 104 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. La Empresa Pública, podrá contratar respecto de los bienes, servicios y obras determinados como parte del giro específico de su negocio, de acuerdo con el procedimiento que conste en su Ley específica;
3. Empleará las prácticas comerciales o modelos de negocio de aplicación internacional; y,
4. Sin sujetarse a las normas de procedimientos precontractuales contenidas en la LOSNCP, como elemento de flexibilidad atenuante de los procedimientos establecidos en el régimen común.

Por otra parte es necesario **comprender el procedimiento a seguir para toda empresa del Estado para aprobar las contrataciones de su giro de negocio**. Este trámite es iniciado a través de una solicitud motivada de parte de la entidad pública o la E.P. que se encuentra interesada en ampliar su espectro de acción y contratación, con proveedores de bienes y servicios que en la mayoría de los casos poseen tecnologías y bienes o servicios que solo se las podría conseguir en el extranjero o de un proveedor único, no domiciliado en el Ecuador.

Una vez realizada la consulta al máximo organismo de contrataciones del Estado, este debe pronunciarse favorable o desfavorablemente respecto a si procede o no que la E.P. pueda realizar ciertos tipos de adquisiciones, sin aplicar los procedimientos establecidos en la LOSNCP y su Reglamento¹⁰⁹. En el pronunciamiento se explica minuciosamente cuales son los bienes y servicios que podrán ser contratados con el giro específico de negocio.

¹⁰⁹ De conformidad al artículo 104 del Reglamento General, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las E.P podrán contratar respecto de los bienes, servicios y obras determinados como parte del giro específico de su negocio, de acuerdo con el procedimiento que conste en su ley específica.

Las contrataciones de este tipo son individualizadas para la empresa y se autodeterminan conjuntamente con su giro empresarial de negocio. El giro de negocio se define como la *"actividad empresarial a la que se dedica la empresa y por la cual aún todos sus esfuerzos e invierte sus recursos, humanos, monetarios, físicos y estratégicos, para alcanzar la meta productiva propuesta por la cual fue creada¹¹⁰"*, a esta definición se debe sumar el análisis de las disposiciones legales citadas con lo cual queda sentado que existe la posibilidad de adquirir bienes, servicios y obras como parte del giro específico de negocio empresarial de la E.P., de acuerdo con el procedimiento que conste en su reglamento interno específico (ley interna), o en su defecto empleará las prácticas comerciales o modelos de negocio de aplicación internacional, sin sujetarse dichas contrataciones con las normas de procedimientos precontractuales contenidas en la LOSNCP, sin embargo es mandatorio que se expida la normativa interna por parte de la E.P. que regule la etapa contractual y precontractual.

En este contexto, el resultado del oficio No. DE-7837-2010 de 11 de octubre de 2010, fue la aprobación de las contrataciones de giro de negocio, de bienes y servicios, de la empresa RTVECUADOR, detallados a continuación:

- Contratación de equipos satelitales de tecnología HD, para la transmisión de programas radiales y de televisión;
- Contratación de construcción de sets para programas de televisión;
- Contratación de narraciones deportivas;
- Contratación de programas de televisión internacionales de contenido educativo, cultural e informativo;
- Adquisición de antenas de frecuencia modulada Am/Fm;
- Adquisición de boletines informativos, nacionales e internacionales y de corresponsalías, entre otros.

Es impresionante como en cortas líneas el SERCOP sintetiza lo que le ha llevado a la doctrina y la jurisprudencia en desarrollar, permitiendo que las contrataciones de este tipo no se rijan por las normas de Derecho Público, exclusivamente, creadas para las contrataciones públicas de organismos estatales, ya que las necesidades específicas de la

¹¹⁰ Juan de la Cruz Ferrer, Apuntes de Derecho Público Económico, la intervención en la Economía y en la Empresa, (Madrid: Dykinson 1992), 242.

E.P responden a una estrategia comercial que se debe cubrir generalmente con proveedores privados internacionales y de forma inmediata sin procedimientos sosos o de larga duración.

No obstante es deber primordial respetar los principios establecidos por la LOSNCP, base y aliento del principio de legalidad inserto en cualquier Estado de Derecho, lo cual de manera irónica ha sido inobservado en algunas empresas del Estado, utilizando de manera inoficiosa el giro específico de negocio, como la excusa ideal para gestionar necesidades de la empresa sin seguir los procedimientos regulares y normados por el SERCOP, lo cual deja a un lado la equitativa participación de los oferentes locales, alejándose de los principios que en la propia LOSNCP se dispone para todo tipo de contratación. Las contrataciones de giro específico de negocio se han ido desarrollado a medida que las necesidades de las E.P. se han incrementado. Esto es lo comentado de la experiencia de los funcionarios de las empresas públicas que a diario se encuentran frente a requerimientos y necesidades de adquisición, respecto a la actividad empresarial pública, diferentes a los que originalmente tenían aprobados, lo cual es un punto importante para comprender su naturaleza así como para establecer límites de adquisición indiscriminada.

Al parecer este mecanismo de contratación de régimen especial resulta en un importante utensilio que permite oxigenar ciertas necesidades regulares, que no se encuentran catalogadas en los formatos de adquisición definidos y establecidos por las leyes y procedimientos de la materia, lo cual determina su naturaleza y razón de ser a la vez.

"Este mecanismo no ha nacido por el simple hecho de evadir los procedimientos precontractuales y contractuales que la LOSNCP, define para las contrataciones que deben hacer todas las entidades y organismos del sector público, sino por el contrario surge como el utensilio indispensable para satisfacer necesidades que si bien son de la empresa, también favorecerán el interés que originó la creación de la misma, satisfaciendo los requerimientos de un panorama que cada vez es cambiante y competitivo. De hecho para el año 2016 la Empresa Pública de Televisión y Radio de Ecuador E.P RTVECUADOR tiene previsto ampliar su catálogo de adquisiciones de bienes y servicios de giro de negocio y por lo tanto ha solicitado hoy por hoy, la aprobación de nuevas categorías de bienes, obras y servicios, necesarios para las contrataciones relacionadas al

giro de negocio de la empresa. Sin embargo para que el SERCOP las apruebe, estas deben relacionarse a lo que se hace dentro de la empresa y que esto permita ampliar la cobertura, mejorar el catalogo de servicios y posicionar a la empresa entre las mejores de comunicación, publicidad y periodismo del país.¹¹¹"

La esencia de las contrataciones, bajo el régimen especial de giro de negocio, es diferente a las establecidas para el régimen común de contrataciones públicas, y se inclina hacia las prácticas comerciales de aplicación internacional que requiere la empresa, con la salvedad de que este régimen la exime a las normas de procedimientos precontractuales contenidas en la LOSNCP, por lo tanto resulta en la herramienta de satisfacción de necesidades de interés público empresarial no sujeto a la norma común, sino a la normativa interna de cada empresa como el propio SERCOP lo ratificó en el oficio citado en líneas anteriores, lo cual exterioriza un indicio más de su naturaleza jurídica.

La legislación histórica que regula las contrataciones del Estado, para el régimen común y régimen especial, fue producto de debates y criterios tropezados, así como de ideas fragmentadas, que en su punto final concibieron la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP- y la Ley Orgánica de Empresa Públicas- LOEP-, en las que por descuido, por falta de visión y proyección, o inclusive parece a propósito, no se tomó la previsión de forjar un contexto específico de aplicación para experimentar e ir desarrollando la terminología de giro específico de negocio, y sus consecuentes posibilidades de adquisiciones, de tal suerte que la mayoría del contenido y el texto en donde se puede encontrar una breve explicación sobre la aplicación de esta modalidad de contratación, se encuentran plasmados en el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y en algunas resoluciones y oficios del SERCOP, instrumentos generados mucho después de la creación de estas dos Leyes Orgánicas, que sin embargo hoy por hoy siguen siendo disposiciones limitadas y que no dan un norte claro sobre lo que se puede y no se puede hacer con el giro de negocio. Basta con argumentar y justificar que una necesidad se relaciona a la actividad de la empresa para solicitar al SERCOP la aprobación de la contratación de ese bien, obra o servicio

¹¹¹ Yolanda Salgado Guerrón Gerente Jurídica de la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador RTVECUADOR E.P. (Quito: sede de la Empresa Pública RTVECUADOR E.P., Entrevistada por David Morales el 30 de septiembre de 2015).

Lo antes descrito es la pura realidad, actualmente existen instrumentos normativos que no tienen rango de Ley que medianamente regulan los puntos específicos precontractuales de este tipo de adquisiciones, los cuales siguen siendo insuficientes, obligando a los profesionales que utilizan esta herramienta de contratación a buscar una definición y mecanismos idóneos para su aplicación en el contexto valorativo de otras legislaciones, en el Derecho comparado, en criterios jurídicos y técnicos del SERCOP; y, en el día a día de la práctica y experiencia almacenada en los éxitos y fracasos de los servidores públicos que contratan a diario bienes, obras y servicios para un determinado organismo estatal con giro de negocio específico.

Las Empresas Públicas, como se indicó en el capítulo primero, son unidades organizativas estatales que participan en el mercado, con los medios materiales y personales para ofertar y adquirir bienes, obras, servicios, distribución de bienes y servicios, con el objetivo de satisfacer una necesidad y cumplir con el interés público objeto de su creación¹¹², razón y motivo de su existencia, así como para satisfacer requerimientos propios del giro de negocio para la cual fue creada, incluso generando ganancias para el Estado.

En las empresas públicas quienes han aplicado estos mecanismos de adquisiciones concluyen, que el régimen especial son " *contrataciones de las empresas públicas de carácter estratégico, empresarial y con un tinte comercial, las cuales les pertenecen y se desarrollan internamente en cada E.P de conformidad a la misión y visión para las que fueron creadas, incluso bajo mecanismos y normativa interna que no se basa exclusivamente en el Derecho Público, sino también en el Comercial.* ¹¹³"

En conclusión es procedente aludir, que el giro específico de negocio resulta en un mecanismo de contratación que rebasa y complementa el espectro de las formas de contrataciones del régimen común de las entidades estatales, y de las posibilidades de adquirir bienes obras y servicios para una E.P., inclusive traspasando aquellas modalidades originalmente estudiadas por la teoría del Derecho Administrativo, en el régimen común y especial, puestas en práctica por los operadores y funcionarios de la administración

¹¹² Carla Huerta Ochoa, El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional (México: repositorio de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010), 8.

¹¹³ Yolanda Salgado Guerrón Gerente Jurídica de la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador RTVECUADOR E.P. (Quito: sede de la Empresa Pública RTVECUADOR E.P., Entrevista por David Morales, el 30 de septiembre de 2015).

pública, quienes a través de la experiencia han logrado dominar este régimen de contratación, evadiendo y evitando cualquier tipo de observación de parte de los organismos de control y auditoría estatales.

2.1.2.- Características de las contrataciones por giro específico del negocio.

Estudiada la naturaleza y las definiciones que dan lugar a la noción de contrataciones de **giro específico de negocio**, herramienta útil para cumplir el interés público y objetivos empresariales por el que fue creada la E.P. o una entidad pública determinada, es necesario conocer las características que la componen pues de estos elementos que la componen, se obtendrá un resultado satisfactor de una necesidad, así tenemos:

2.1.2.1 Características en base a las diferencias con el contrato administrativo

Esta categoría de contratación difiere de los contratos de derecho público, así las cláusulas excepcionales o prerrogativas del poder público son ajenas al derecho privado¹¹⁴. Como se ha identificado al inicio del presente capítulo, los contratos de régimen especial del giro específico de negocio de una determinada entidad estatal, son contratos que no están regulados en su totalidad por el espectro de normalización del Derecho Público, específicamente de la LOSNCP, en tal sentido sus cláusulas y estipulaciones se asemejaran a las prácticas comerciales que se pacten entre los contratantes asemejándose a las contrataciones de tipo privado.

A diferencia del contrato administrativo el cual tiene base en la regulación de la normativa pública, **en el contrato de giro específico de negocio la normativa que la regula es difusa y no se encuentra plasmada de forma exclusiva en la LOSNCP**, ya que la propia Ley antes citada la exime de su regulación, en este sentido es la propia entidad que la ejecuta la que adecue su procedimiento y elabore los contratos y las cláusulas de contenido de los mismos.

En las contrataciones de derecho público o administrativas, **la administración pública se reserva su derecho de imperium para incluir cláusulas exorbitantes**, por ejemplo *el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria previa al conocimiento judicial*,

¹¹⁴ Benjamín Herrera Barbosa, Contratos Públicos (Bogotá: ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2005), 42.

*que impone al contratista el deber de cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad*¹¹⁵, así también cláusulas que permiten la renuncia de derechos de los contratistas del Estado, como el derecho a reajuste de precios, o cláusulas en las que se definen claramente métodos de sanción en caso de incumplimiento contractual, lo cual suele ser común en la construcción de obra pública.

Sin embargo en las contrataciones de giro de negocio las partes acuerdan las cláusulas y el contenido de los contratos, incluso sometiendo las controversias a cláusulas específicas de mediación y arbitraje o simplemente a la jurisdicción de una de las partes.

2.1.2.2 Mutabilidad

El contrato administrativo carece de la rigidez del contrato de derecho privado, señala el profesor Herrera, esto en el sentido de que el interés público que constituye la causa de los contratos administrativos, deja de tener satisfacción cuando desaparecen los motivos de hecho que se tuvieron presentes al celebrarlo¹¹⁶. Si bien esto sucede en los contratos administrativos de régimen común y haciendo uso de sus cláusulas exorbitantes el Estado podría terminar unilateralmente el contrato dejando a salvo las obligaciones contractuales ejecutadas hasta ese momento, en el giro específico de negocio las cláusulas pueden variar y especificarse causas por las cuales se termina el requerimiento o el interés de continuar contratando, es decir no se podría terminar unilateralmente las obligaciones y solo se las podría extinguir de común acuerdo entre las partes.

La mutabilidad del contrato es una potestad "*que tiene el Estado, expresión de la condición de subordinación jurídica en que se halla el contratista frente a la administración, atribuyéndole un carácter específico y propio a estos contratos*¹¹⁷", por otra parte las potestades del Estado en contratos que se asemejan a los de giro de negocio, no son de imperium y se igualan a las del contratista, por ello se dice que en estos contratos la característica de mutabilidad se desvanece ya que no existe la subordinación que se distingue en el contrato administrativo, y que incluso podría identificarse como una situación de desigualdad entre el contratista y el Estado, por cuanto en los contratos de

¹¹⁵ Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo (Bogotá : Editorial Temis, 2011), 46-50.

¹¹⁶ Benjamín Herrera Barbosa, Contratos Públicos (Bogotá: ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2005), 44.

¹¹⁷ *Ibíd.*, 43.

derecho público el contratista se subordina en su totalidad a las potestades e intereses del Estado.

2.1.2.3 El objeto de los contratos de giro específico de negocio

El objeto de contratación en la modalidad de giro específico de negocio, se planifica con base en lo autorizado por la actividad empresarial de la entidad que lo desea adquirir. Esto se deriva del procedimiento de aprobación detallado en los párrafos anteriores lo cual denota su especificidad, y en virtud del principio de especialidad.

El objeto de contratación no puede ser otro que el que satisfaga las necesidades específicas por las cuales la empresa pretende adquirirlo y por lo que existe en sí misma, es decir un bien, obra y servicio adquirido deberá estar conforme su actividad empresarial. El objeto del contrato *"determina la tipicidad del mismo, pues según sea el objeto será el tipo negocial al que se acude, estando algunos limitados a la administración"*¹¹⁸

En conclusión, las adquisiciones de giro de negocio, tienen como límite normativo el establecido por la Ley específica de la empresa, y lo autorizado por el SERCOP; y, el límite natural, a más de la Ley interna de la empresa, lo establecido también por el SERCOP como órgano de la regulación de las contrataciones públicas de giro de negocio. En ese sentido, y definidos los límites normativo y natural, las actividades comerciales y empresariales que ejerza una empresa que se dedique a la transmisión de programas de televisión, no la autorizaría a la contratación de bienes y servicios que no sean propios de su giro de negocio, por ejemplo adquirir armamento o equipo minero especializado, lo cual está reservado para otras empresas que si posean ese giro de negocio.

2.1.2.4 Especialidad

El régimen especial denota por antonomasia, una característica innata de las contrataciones de giro específico de negocio, **estas se rigen por un régimen específico** y dotado de prerrogativas que lo hacen más flexible, para su ejecución por parte de las entidades y organismos del Estado.

¹¹⁸ Carlos Gómez, Estudios sobre los contratos de adhesión a condiciones generales (Bogotá: Repositorio de la Universidad Javeriana, 1991), 45.

Esta característica dota a la entidad ejecutora de ciertas potestades exclusivas, por así denominarlas, incluso prescindiendo de lo establecido en normas con rango legal, pues dentro de los procedimientos para la adquisición de bienes obras y servicios se permite que estas adquisiciones, no se sometan a lo estipulado en la LOSNCP, quedando de cierta forma relegada su aplicación, aunque no los principios que norman las contrataciones.¹¹⁹

La especialidad en el régimen de giro de negocio, se aplica tanto a la etapa contractual como precontractual, siendo su ejecución reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, como el Reglamento de la LOSNCP así lo dispone.

2.1.2.5 Jurisdicción y controversias

Aunque es un tema polémico es una realidad, las contrataciones de giro específico de negocio acuden, en caso de controversias, a legislaciones y se someten a tribunales o cuerpos colegiados diferentes a los de la jurisdicción de la entidad CONTRATANTE para dirimir sus controversias, siempre y cuando se acceda de mutuo acuerdo a dicha renuncia, y que la Procuraduría General del Estado lo autorice en el caso del Estado ecuatoriano.

Esto sin duda alguna se diferencia en su totalidad con las contrataciones administrativas de régimen común, pues se *"acepta que los contratos administrativos son actos de gestión y no de autoridad, pero se les distingue por su pertenencia al servicio público, condición esta que los sustrae del juez ordinario¹²⁰"*, siendo el que lo conoce un tribunal especializado que en el Ecuador es el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

Por regla general y de conformidad a la Constitución de la República del Ecuador, no se debe ceder jurisdicción para la solución de controversias¹²¹, pues los instrumentos que

¹¹⁹ Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 104.- Giro específico del negocio.- Las contrataciones a cargo de las empresas referidas en el artículo anterior, relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General.

¹²⁰ Eduardo García de Enterría, Curso de derecho administrativo (Bogotá : Editorial Temis, 2011), 38-39.

¹²¹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

lo hagan serán nulos de pleno derecho por ser contrarios a la Carta Suprema, no obstante dicho enunciado entra en contradicción ante la necesidad de la entidad o empresa pública que requiere de la adquisición, y que en algunos casos también está en contradicción a los intereses de los contratistas quienes tampoco cederán su jurisdicción y no se domiciliarán en el país para ser juzgados por las cortes del país contratante.

Ante esos casos debe ser meticulosa la revisión de las cláusulas contractuales, por parte de los ejecutores de la etapa contractual, pues en el caso de contratos de esta índole no se podrá permitir que el Estado ceda jurisdicción ante tribunales foráneos, esto incurriría en un grave atentado a norma constitucional expresa, y crearía una amonestación administrativa y de ser el caso incluso civil en contra del funcionario que admitió ceder jurisdicción la entidad contratante.

2.1.2.6 Principios aplicables a las contrataciones por giro específico de negocio

Recordemos que el artículo 60 de la LOSNCP, dispone que los contratos que se regulen por dicha Ley Orgánica, son contratos administrativos, por tanto los principios aplicables a los contratos de giro específico de negocio, tanto en la etapa precontractual y contractual, serán los especificados en la LOSNCP.

Los principios aplicables a este tipo de contrataciones dan una guía y establecen una pauta real para conocer sus características. Así de lo citado en el punto anterior las contrataciones bajo esta modalidad de régimen especial deberán cumplir los principios establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP, artículo que se transcribe a continuación:

*"Art. 4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de **legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.**"*

Puede que sean pautas para una mejor práctica contractual, pero los principios destacados con anterioridad no son ejecutables en su totalidad, así la participación nacional no es aplicable en el momento que el giro de negocio se activa, ya que en el caso hipotético de que la entidad estatal desea contratar un bien, obra o servicio que existiendo en el país, y

de un proveedor nacional, no cumpla las características específicas y especiales que busca la entidad contratante, la contratación se la hará con un contratista extranjero, esto suele ser común en el caso de contratación de tecnología específica, así por ejemplo en el año 2014 la empresa RTVECUADOR E.P. contrató a la compañía HITACHI para la construcción de un set de televisión, obra que fácilmente podría haber ejecutado un contratista nacional, sin embargo y analizada la necesidad de los equipos que incluían dicha contratación, la única empresa que logró completar y ofertar, conforme los requisitos precontractuales, fue la adjudicada para dicha contratación, es decir HITACHI. Sin embargo la especificidad de la contratación bien pudo ser solventada por un contratista nacional, lo cual da de que hablar y se puede de cierta forma reprochar que no se hayan efectuado las contrataciones bajo el régimen común que la LOSNCP regula, sin embargo el argumento para efectuarla fue la necesidad específica del giro de negocio de la empresa sobre un bien, obra y servicio que hubiera tenido que ser contratado en varias fases, e indirectamente, con la propia HITACHI a través de los contratistas domiciliados en el Ecuador.

De cierta forma los principios aplicables a los contratos de giro específico de negocio han sido relegados en el régimen especial, pues este tipo de procedimientos de contratación son esquivos a las regulaciones de la propia LOSNCP por el bien de la actividad y competitividad empresarial, pero existen detractores respecto al hecho de que este procedimiento sea utilizado sin limitación de la Ley y eso es precisamente lo enriquecedor de la discusión y la problemática planteada en el tema principal de análisis de tesis, por cuanto el propio SNCP debe autorregular las prácticas no leales y que distorsionen el uso de las contrataciones en el régimen especial, así como la evasión del control del SERCOP; y, los funcionarios que apliquen el procedimiento de contratación de giro de negocio deben ceñir sus potestades en uso de las herramientas que otorga la Ley, con las salvedades que el propio reglamento otorga (aunque de manera impropia en el artículo 104 del RGLOSNCPL lo dispone).

2.1.2.7 Actividad empresarial

Alcanzar una definición cercana de giro de negocio, significa comprender y entender los elementos que la componen, con especial énfasis en el ámbito en el que se

desarrolla esta actividad dependiendo el tipo de empresa. Uno de estos elementos y a la vez característica propia del giro de negocio y sus contrataciones, es **la actividad empresarial**, elemento que no es ajeno a las empresas o agentes del sector público y privado.

Muchas entidades empresariales que se rigen por el Derecho Público tienen y deben aplicar en la mayoría de sus actividades, para lograr los objetivos deseados, formas y estándares de negociación comercial provenientes del derecho privado comercial (actividad comercial privada); resulta obvio entonces que estas actividades dentro de un organismo empresarial sea público o privado se traducen en "*las acciones que desarrolla una compañía para obtener ganancias. Las actividades empresariales son muy diversas y dependen de las características de cada organización*"¹²².

Son varios los autores y doctrinarios del Derecho Administrativo que critican esta postura, ya que al aplicarse no existe cohesión entre lo público y privado, menos aun cuando se trata de Derecho Administrativo puro, tomando en consideración que por principio los contratos administrativos son conmutativos, es decir que el Estado no persigue fines de lucro, su fin es dar satisfacción a las necesidades públicas objetivas, y por tanto toda prestación que el reciba debe tener una contrapartida equivalente que él paga.¹²³

De lo anotado no es dable para ciertos autores y *jurisdictos* que una empresa estatal genere una actividad empresarial para concebir una ganancia dentro de la actividad comercial ya que sus objetivos de creación se alejarían de los intereses y principios básicos de derecho público, sin embargo y como se ha explicado a lo largo de este punto el giro de negocio tiene como base a la actividad empresarial esto se corrobora en la LOEP¹²⁴, que señala de existir un excedente se debe pretender a su reinversión y lograr los objetivos de la empresa proyectados a satisfacer una necesidad pública con ganancia.

2.1.2.8 Actividad empresarial y el interés público

El interés público, frente a la actividad empresarial pública de negocios específicos dentro de un mercado, se enfoca en las adquisiciones que le permitirán como unidad de

¹²² Juan de la Cruz Ferrer, apuntes de Derecho Público Económico, la intervención en la Economía y en la Empresa, (Madrid: Dykinson 1992), 90.

¹²³ Benjamín Herrera Barbosa, Contratos Públicos (Bogotá: ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2005), 46.

¹²⁴ Ley Orgánica de Empresas Públicas, artículo 39.- EXCEDENTES.- Las empresas públicas deberán propender que a través de las actividades económicas que realicen se generen excedentes o superávit, los que servirán para el cumplimiento de los fines y objetivos previstos en el artículo 2 de esta Ley.

recursos y de negocios, prestar los servicios públicos, gestionar los sectores estratégicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales y la gestión bienes públicos, asegurando un esquema de desarrollo y de participación en el Mercado.

La actividad empresarial se aleja un poco del significado propio de interés público, si nos enfocamos en el análisis del servicio público, dentro del modelo constitucional y de derechos como es el ecuatoriano.

El interés público es entendido *"como una garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada."*¹²⁵, este principio atiende a la necesidad de que los intereses de la población se vean representados por el Estado, por ejemplo al momento de erogar recursos dentro de un procedimiento de contratación.

Sin embargo y a pesar de ser el Estado quien boga por la concreción y racional utilización de los dineros públicos, este no se enfoca netamente en la satisfacción directa de un interés o necesidad específica sino colectiva, lo cual incluye la necesidad propia de la empresa debido a su actividad empresarial.

A manera de ejemplo la empresa de telecomunicaciones del Ecuador CNT, contrato en el año 2015 una red de tecnología streaming para la transmisión de series de televisión en vivo a través de su portal web www.cnt.gob.ec. Esta no era una necesidad de interés público pues no todas las personas necesitan, o es indispensable para ellas, visualizar un programa de televisión, y tampoco es un servicio público como el agua potable o alcantarillado, pero la empresa lo que deseaba hacer era generar mayores suscriptores e ingresos, con interesantes excedentes que podrán ser redistribuidos en proyectos de interés público general.

2.1.2.9 Naturaleza

Finalmente y para cerrar este punto, otra característica de las contrataciones de giro de negocio es su **naturaleza**. Muchas de las contrataciones que hacen las Empresas del Estado se enfocan en alcanzar un desarrollo comercial, productivo, tecnológico, industrial,

¹²⁵ Carla Huerta Ochoa, El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional (México: repositorio de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010), 8.

buscando competitividad en el mercado y por supuesto satisfacer una necesidad o servicio público.

Este desarrollo significa para algunos analistas del Derecho Administrativo un **abandono o huida del Derecho Administrativo**, en el que se emplean cláusulas contractuales cuyo beneficio es para el particular, resumidas en prácticas y actividades comerciales privadas, en contexto, el analista Juan de la Cruz Ferrer sintetiza lo que se entiende por esta actividad empresarial de contratación especial, ejercida por el Estado a través del régimen especial de asociación y alianza, a través de la Empresa Pública, en donde esta entidad de derecho público *en "la intervención del Estado en la sociedad abandona el campo del Derecho Administrativo y entra en el campo del Derecho Privado. Ello no significa que no existan aspectos relevantes o "actos separables" sometidos al Derecho Administrativo, especialmente en la fase administrativa previa a la Constitución de la Sociedad mercantil."*¹²⁶

Por otra parte en concatenación a lo expuesto por Cassagne¹²⁷, en párrafos anteriores, los procesos socioeconómicos, los avances tecnológicos, y la intervención en el mercado de parte del Estado han desplazado la influencia de concepciones ideológicas, en un acelerado proceso que ha avanzado por diferentes etapas. Así, de una huida inicial del Derecho Administrativo se arribó a un desarrollo necesario entre lo público y lo privado lo que busca es establecer una serie de reglas comunes, aplicables en el marco del derecho comunitario, y que se proyectará al derecho interno de cada Estado.

Al hablar de su naturaleza, las contrataciones de giro de negocio se destacan por su especialidad, por su diferente tratamiento en la LOSNCP, flexible procedimiento, utilización de la normativa interna de la empresa; y, por su divergencia con los fines de adquisición y normativa aplicable, en el ámbito local e internacional, en cuanto a las contrataciones del régimen común, ya que como quedo analizado estas no satisfacen necesariamente al interés público, sino a la necesidad de la actividad empresarial, de giro de negocio, lo cual de cierta forma configura su huida de la aplicación del derecho administrativo, en las contrataciones internacionales.

¹²⁶ Juan de la Cruz Ferrer, Apuntes de Derecho Público Económico, la intervención en la Economía y en la Empresa (Madrid: Dykinson 1992), 240.

¹²⁷ Juan Carlos Cassagne, Derecho Administrativo, Tomo I (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006), 98.

A pesar de que doctrinariamente es comprensible la razón de ser de la naturaleza especial de este tipo de procedimientos de contratación, se debe destacar el criterio aportado por los gerentes jurídicos y funcionarios de varias empresa públicas ecuatorianas, quienes en su experticia ratifican el hecho de que la construcción de un sistema de giro específico de negocio, afecta directamente la actividad empresarial con caracteres propios de la empresa privada, que emprende la empresa pública, ligada al interés público, razón de creación de la empresa para ejercer una determinada actividad, sin embargo la naturaleza de ejecución especializada difiere de las contrataciones del régimen común como se pudo rescatar en líneas anteriores.

2.1.3.- Régimen jurídico que regula las actividades de giro específico del negocio de las Empresas Públicas.

La disposición general primera de la LOSNCP, dispone que la naturaleza de los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, son de naturaleza administrativa.

El artículo citado es específico y limitado a la vez, pues especifica que la naturaleza de las contrataciones efectuadas por una E.P, exclusivamente para la construcción de infraestructura y obra pública son de naturaleza administrativa, la pregunta esencial es ¿qué sucede con los bienes y servicios, podrían salir de la esfera de lo administrativo?

Ante ello el giro específico de negocio, estudiada sus características, definición y elementos que permiten ejecutarla, se concibe como una herramienta útil por la cual la E.P. adquiere, satisface sus necesidades y contrata, bajo un régimen especial, sin ceñirse en su totalidad a las regulaciones de la LOSNCP, bienes, obras y servicios, satisfaciendo necesidades específicas relacionadas a la actividad empresarial de negocios específicos dentro de un mercado y de un negocio específico de la E.P, adquisiciones que le permitirán como unidad de recursos y de negocios, prestar los servicios públicos, gestionar los sectores estratégicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales y la gestión bienes públicos, asegurando un esquema de desarrollo y de participación en el Mercado, cuyo fin último es el cumplimiento del interés público por el cual se creó la E.P.

En este orden de ideas, el Estado ecuatoriano desarrolla para sí y **mantiene como base normativa de la contratación pública, en orden jerárquico, los tratados internacionales, la Constitución, las Leyes Orgánicas y Ordinarias, las Normas Regionales, las ordenanzas distritales; los Decretos y Reglamentos, las Resoluciones de los Organismos de Control, entre otros cuerpos normativos.**

La base como podemos observar es el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual estableció que tendrán prácticamente el mismo rango de jerarquía que las normas constitucionales¹²⁸, dependiendo de la circunstancia y protección de derechos específicos, las normas de régimen internacional. En este sentido, en el ámbito normativo existen acuerdos internacionales que pueden influenciar la contratación pública de los Estados, y por su puesto de forma directa la de giro específico de negocio.

Al respecto la Organización Mundial de Comercio-OMC, dentro de su agenda de desarrollo en contratación pública se encuentra impulsando el acuerdo de contratación pública internacional, **denominado Acuerdo Plurilateral de Comercio** por sus siglas en inglés APC, el cual se encuentra en proceso de construcción y del cual no todos los países miembros de la OMC son parte.

El Ecuador es signatario del Acuerdo de la OMC para el comercio internacional, sin embargo no lo es de la APC, no obstante es importante analizar superficialmente cuales serían los adelantos en materia de contratación pública y los beneficios a los que podría acceder el Estado Ecuatoriano en el caso de que sea signatario de la APC, normativa internacional que influencia la región latinoamericana en los últimos años.

El APC es un acuerdo plurilateral de comercio y contratación pública negociado¹²⁹ en el marco de los objetivos mancomunados de la OMC, cuyo objetivo fundamental es la apertura mutua de los mercados de contratación pública entre sus Partes. Como resultado de varias rondas de negociaciones, las Partes en el APC han abierto a la competencia internacional (es decir, a los proveedores de las Partes en el Acuerdo que ofrecen bienes,

¹²⁸ Constitución de la República del Ecuador, artículo 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

¹²⁹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm, Organización Mundial del Comercio 2016, tomado el 26 de marzo de 2016.

servicios o servicios de construcción) actividades de contratación por un valor estimado en 1,7 billones de dólares de los Estados Unidos de Norte América, anuales.

El ACP consta principalmente de dos partes, el texto del Acuerdo y las listas de compromisos de las Partes en materia de acceso a los mercados. El texto del Acuerdo establece normas específicas, en las que no se incluyen normas que se asemejen a las del giro de negocio, pero establece acuerdo de avanzada para la contratación multipartes, estado y particulares o viceversa, que disponen que se han de garantizar condiciones de competencia abiertas, equitativas y transparentes en la esfera de la contratación pública, es decir bajo principios similares a los de la LOSNCP, para contrataciones de régimen común y especial.

No obstante como se indicó determina una especie de catálogo de cobertura para determinar si una actividad de contratación está abarcada o no por el Acuerdo, lo cual hace inaplicables las disposiciones legales de los países en su ámbito interno, a lo cual debería acoplarse la Ley o analizar a profundidad si le conviene al país signatario. Solo están abarcadas por el Acuerdo las actividades de contratación llevadas a cabo por entidades que contratan bienes, servicios o servicios de construcción abarcados de un valor superior a determinados valores de umbral, que los establece la propia OMC, lo cual también debe ser analizado por cada país signatario, de manera que su competitividad frente a los países con economías más grandes perjudiquen el desarrollo local.

Analizado el APC, vemos que no dista en lo absoluto del interés del Estado ecuatoriano, y podría pensarse en una apertura a este convenio y negociación internacional que tiene 1.7 billones en circulación, sobre todo si analizamos que las contrataciones de giro de negocio se efectúan, en su mayoría y por cifras importantes, con PROVEEDORES EXTRANJEROS, por tanto debería adherirse pues los principios y objetivos básicos que motivaron su origen hacia el año 1973, son las bases de los modelos de contratación pública internacional, aplicados a la LOSNCP y reglamentaciones y que los países miembros se encuentran aplicando en sus legislaciones internas. Por tanto existe una afinidad del sistema de contratación pública ecuatoriano, que podría extrapolarse a las necesidades y sistemas de contratación pública de países miembros de la OMC y la APC.

Por otra parte, en cuanto a contratación pública internacional, no se ve un impulso de parte de los países miembros del cono sur, en la legislación internacional, relacionados a

tratados y acuerdos internacionales como los que forman parte de la Comunidad Andina de Naciones, CAN, UNASUR, Unión de Naciones Suramericanas; lo cual preocupa pues deberían visualizar que parte de los ingresos más importantes para los productos internos brutos de cada país, son la compra y venta de bienes y servicios a otros Estados, como lo demuestra en cifras millonarias el APC, por lo cual se denota una grave despreocupación sobre este tema y sobre el cual existe mucho camino por recorrer, ya que son determinados países, del cono SUR, los que se resisten a interactuar en el ámbito internacional de la contratación pública, pese a que existen contratos de obras y de servicios internacionales que son ejecutados entre estados que forman parte de la CAN, pero con el antagonismo de tener que aplicar la normativa específica de ese país y no de un sistema integrado internacional.

Por otra parte en el año 2016 Ecuador y la Unión Europea, celebraron el Acuerdo Comercial Multipartes, en el que se consideraron algunos puntos esenciales de análisis y consenso, entre otros: facilitar el comercio y la inversión entre las partes; la apertura efectiva, recíproca y gradual de los mercados de contratación pública; la protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual; el desarrollo de las actividades económicas; el establecimiento de un mecanismo expedito, efectivo y previsible de solución de controversias; la promoción del comercio para el desarrollo sostenible; y, garantizar que la cooperación mutua internacional.

Dicho acuerdo multipartes en la esfera de la contratación pública, basa sus expectativas en la aplicación de principios fundamentales como el trato no discriminatorio entre proveedores y la apertura de mercados para la oferta y presentación de posturas en procedimientos de contratación, sin embargo el Acuerdo no es aplicable de forma automática a la totalidad de la contratación pública de las partes y su alcance se determina con respecto a cada una de las partes en los Anexos del Apéndice I, en donde constan los compromisos que cada una adquiere.

Al derecho comunitario le debería interesar determinar correctamente qué se entiende por empresa pública a efectos de lograr la aplicación de las normas sobre el Derecho de la Competencia previstas en los diferentes Tratados de la Unión Europea, lo

que implica en pocas palabras, garantizar el principio de igualdad de trato de estas empresas con relación a las privadas.¹³⁰

En Europa, el concepto de empresa pública ha sido ampliamente estudiado, como se explicó en versos anteriores, de ahí nace su concepción originaria, y a través del tiempo se ha dedicado a instaurar tanto en el derecho comunitario, como interno, a efectos de poder aplicar lo establecido en el artículo 106 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En esa norma se determina que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, y dice que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, siempre que no se afecte el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. Esta disposición trae como efecto que en el derecho comunitario europeo se han generalizado los sistemas de selección y adjudicación de contratistas, de empresas privadas, antes regidas en toda su plenitud, por la regla de la autonomía de la voluntad¹³¹.

De existir una metodología, agenda, y plan de trabajo específicos para el desarrollo de la legislación internacional y comunitaria en contratación pública, por ejemplo en la CAN, como sucede en la comunidad europea, se reflejaría en mejor ambiente de inversión, desarrollo bilateral y por su puesto financiamiento que permitirá mantener un ingreso sano a nivel andino, inclusive se podría visualizar un mejor desarrollo para las contrataciones de giro específico de negocio.

¹³⁰ Blázquez Francisco Oliva, A vueltas con el Concepto de Empresa: La Empresa Comunitaria y la Empresa Pública (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2013), 145-146.

¹³¹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH, se destaca la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado, sino también a los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal. En:http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/contratacion/c_consultiva/jurisprudencia/TJUE.pdf. Consulta 29 de mayo de 2016.

2.1.3.1.- La Constitución de la República del Ecuador y las contrataciones especiales de régimen de giro de negocio

La Constitución de la República del Ecuador, no es exactamente el tutorial o libro básico para encaminarse hacia el análisis de las contrataciones públicas, pero si es la guía dogmática que limita, como es racional, y determina el marco general de los principios básicos, que deberán ejecutar las entidades y funcionarios de la administración pública, para lograr los objetivos mediatos en las compras estatales.

En ese sentido obviamente las normas que exponen la contratación pública se interconectarán con otras normas de rango constitucional y legal, así el artículo 288 de la Constitución dispone que las compras públicas se cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Este párrafo abarca un sin número de principios básicos para la ejecución del servicio público de la contratación pública, que se encuentran plasmados en el artículo 66 número 25¹³², como para la responsabilidad social en la catalogación y adquisición de bienes y servicios a productores nacionales, como sistema de fomento definidos en los artículos 283 y 284 de la misma Carta Magna¹³³.

Con esta base lo que se pretende, y es bien concebido, es que en la Carta Magna se expliciten ciertos principios generales que servirán de guía para el desarrollo normativo infra legal, lo cual se ve reflejado en la LOSNCP, su Reglamento y normativas específicas generadas por los organismos de control de las contrataciones del Estado, como se analizará en adelante.

2.1.3.2.- La LOSNCP y su Reglamento de aplicación, normativa que da paso a las contrataciones de giro de negocio

Para comprender las particularidades que determinan la naturaleza de las contrataciones especiales de giro de negocio que pueden desarrollar las E.P, se vuelve indispensable enfocarse en el desarrollo histórico de la normativa que ha regulado las

¹³² Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, Constitución de la República del Ecuador (Montecristi: Asamblea Nacional, 2008), 50.

¹³³ Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, Constitución de la República del Ecuador (Montecristi: Asamblea Nacional, 2008), 50.

adquisiciones de una empresa del Estado, de forma que bajo un análisis de contraste se visualicen los avances en la normativa que las regula .

En un breve resumen de la mano de la Secretaria Nacional de Planificación-SENPLADES¹³⁴, que explica la evolución normativa empresarial pública, se expone parte de la evaluación de la normativa que permitía efectuar contrataciones a una empresa estatal, la cual generalmente creaba su giro de negocio y normativa de contratación, a través de leyes específicas propias que determinaban el objeto de cada empresa, su régimen administrativo, sus mecanismos de contratación, el régimen de control aplicable y el sistema de gestión del talento humano, entre otros aspectos. Dichas leyes se creaban con la aprobación de los directorios de cada empresa, sin pasar por un régimen de regulación previamente establecido, como hoy en día en contraste, lo hace el SERCOP.

Dentro de esta explicación la SENPLADES indica que cada empresa era una Ley individual, esto provocó que cada una de esas entidades sea una isla independiente respecto de la institucionalidad nacional y **que entidades con un giro específico de negocio de cientos de millones de dólares, no respondieran siempre a las políticas públicas nacionales**, sino que respondan a intereses u objetivos aislados, independientemente de que éstos pudieran estar sistematizados a los planes de desarrollo, o ser contrarios a los intereses generales de desarrollo, generalmente bajo el amparo de la autonomía consagrada en las normas de creación de las empresas estatales.¹³⁵

De lo expuesto es interesante rescatar el hecho que trae a colación LA SENPLADES sobre el análisis del marco normativo de las contrataciones de las E.P, el cual se generó de manera desorganizada, sin un norte y con disposiciones que emanaban desde cada unidad empresarial, por lo tanto existían un sin número de procedimientos y de normas aisladas dependiendo de la empresa pública que la creaba, lo cual generaba una especie de caos y de caudillismo en cada organismo empresarial público, pues existían reglas particulares, diferentes y sin que se pudiera identificar un marco normativo estable para las contrataciones de giro de negocio, lo cual de manera directa afectaba a los oferentes estatales, quienes no tenían las reglas de las contrataciones del todo claras.

¹³⁴ Secretaria Nacional de Planificación, Empresas Públicas y Planificación, su rol en la transformación social y productiva (Quito: Senplades, 2013), 24.

¹³⁵ Secretaria Nacional de Planificación, Empresas Públicas y Planificación, su rol en la transformación social y productiva (Quito: Senplades, 2013), 27.

Actualmente esa desordenada realidad quedó en el pasado, pues en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de aplicación, se advierte de la posibilidad de concebir contrataciones de giro específico de negocio y SE REGULA su régimen jurídico de aplicación, con normas claras de general y obligatorio cumplimiento, así en el **artículo 2 de la citada Ley** se prescribe que las contrataciones de ese tipo se circunscribe al **Régimen Especial**, con la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General de la Ley, y establece, en el numeral octavo, que el giro de negocio es aplicable para **los contratos que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos, en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias.**

También se aplica el régimen especial de giro de negocio en los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, **con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.** En este tipo de contratos con seguridad se aplicará la normativa para las contrataciones internacionales de giro de negocio, que cada unidad de negocio a través de la aprobación del SERCOP obtenga, lo cual se analizará en líneas posteriores.

Finalmente el artículo 2, numeral octavo, de la LOSNCP, indica que el régimen especial previsto para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará **únicamente para el giro específico del negocio**; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esa Ley¹³⁶, siendo responsabilidad de determinar el giro específico de negocio, es decir su catálogo de contrataciones, y el procedimiento interno seguir, al Director General o la Directora del Servicio Nacional de Contratación Pública, como se indicó en el número 2.1.1. del presente trabajo de investigación.

¹³⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Quito: Registro Oficial Segundo Suplemento No. 100, octubre de 2013)

De su parte el **Reglamento de aplicación de la LOSNCP dispone, en el artículo 104**, que las contrataciones de Giro específico del negocio, a cargo de las empresas públicas, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el Reglamento General. Para que esto sea posible, el Reglamento exige que la máxima autoridad de las empresas o sus delegados, **remitan al SERCOP la solicitud para que este determine las contrataciones que correspondan al giro específico del respectivo negocio**, cumpliendo con los requisitos previstos por el Director Ejecutivo del SERCOP, para el efecto el procedimiento establecido cumple con una especie de filtro que le permite a la entidad contratante superar el procedimiento de catalogo nacional, ya que en su mayoría las contrataciones la realizan para contratar obras, bienes y servicios de proveedores internacionales, únicos, que prestan sus servicios en el extranjero, o que producen sus bienes fuera de la jurisdicción ecuatoriana.

Al respecto, en entrevista al abogado Gustavo Crespo¹³⁷, analista de la Gerencia Nacional Jurídica de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones del Ecuador, CNT E.P, a la pregunta: *Explique la aplicabilidad que tiene dentro de CNT la disposición del artículo 104 del Reglamento de la LOSNCP*, respondió que efectivamente las contrataciones de giro específico de negocio mantienen un régimen especial, propio y exclusivo de aplicabilidad dentro de CNT, que como empresa pública busca brindar el servicio de telecomunicaciones de manera efectiva a los usuarios.

En ese sentido indicó que CNT tiene un catálogo exclusivo de bienes y servicios que puede adquirir bajo la aplicación del régimen especial de giro específico de negocio, como por ejemplo la exportación e importación de equipos de telecomunicaciones y para procesamiento de datos, dicho catálogo se encuentra establecido en la Resolución No. CNTEP-GG-007-2011 de 24 de enero de 2011, el cual fue sometido al trámite regular de autorización y aprobación ante el SERCOP.

En dicho catálogo, indicó el entrevistado, se encuentran aprobadas un sin número de opciones de contratación de acuerdo al objeto social o giro de negocio de la EP, CNT, en este cuerpo normativo se creó, además, una especie de procedimiento precontractual el cual le da una guía sólida y sin impedimentos, a la ejecución de las actividades que efectuarán

¹³⁷ Gustavo Crespo, asesor jurídico de la Gerencia Jurídica de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones del Ecuador, CNT E.P (Quito: Corporación Nacional de Telecomunicaciones del Ecuador, CNT E.P, entrevistado por David Morales el 9 de marzo de 2016)

los funcionarios de CNT, para lograr completar en el menor tiempo posible una adquisición, con lo cual cumplen su giro específico y comercial de negocio, fortaleciéndose como empresa competitiva frente a las otras operadoras de telecomunicaciones en el país, como MOVISTAR Y CLARO.

Al respecto el propio artículo 104 del Reglamento de la LOSNCP¹³⁸, enfatiza que las contrataciones de giro de negocio no podrán ser utilizadas, como mecanismo de elusión de los procedimientos de contratación previstos en el Título III de la LOSNCP, esta disposición se genera con el objetivo de limitar el ámbito de acción de las entidades contratantes en la aplicación de contrataciones de giro de negocio, ya que si analizamos a fondo el procedimiento de autorización a cargo del SERCOP este puede incluir un catálogo importante de bienes y servicios, el cual puede ser genérico y dejar a un lado la capacidad productiva de oferentes y de productores nacionales.

Por ejemplo de la revisión a la Resolución de las contrataciones por la modalidad de giro específico de negocio aprobada por el SERCOP, para la empresa pública de telecomunicaciones **Corporación Nacional de Telecomunicaciones del Ecuador, CNT E.P.**, en el artículo 2 número 2, se indica que se podrá contratar por la modalidad de régimen especial de giro específico de negocio, la importación de equipos de computación, procesamiento de datos electrónicos, telecomunicaciones, hardware y software¹³⁹. En ese ámbito se puede apreciar que CNT no especifica el tipo de bien, es decir si el hardware y software son equipos de informática en general o equipos especializados para las telecomunicaciones, con lo cual si se llegare a comprobar que se utilizó este mecanismo de contratación, para eludir el procedimiento establecido en la LOSNCP, para el régimen común y adquirir computadores que fácilmente se le pudo comprar a un proveedor nacional, entonces dicha contratación será considerada nula de pleno derecho, por contravenir lo dispuesto en la normativa de régimen común creada para el efecto, y eludir su aplicación.

En conclusión las contrataciones de giro específico de negocio de las E.P, al estar amparadas bajo el régimen especial, propio y exclusivo para el giro de negocio, este se

¹³⁸ Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 1700, publicado en el Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009.

¹³⁹ Resolución No. CNTEP-GG-007-2011 determinación de contrataciones bajo régimen especial de giro específico del negocio (Quito: Corporación Nacional de Telecomunicaciones, 2011), 16.

desenvuelve con mayor flexibilidad para su ejecución, frente a las necesidades de la empresa, con la aprobación del SERCOP.

2.1.3.3.-La Ley Orgánica de Empresas Públicas-LOEP-, regulación a las contrataciones de giro de negocio de las EP

La Ley Orgánica de Empresas Públicas- LOEP, norma fundamental para el desenvolvimiento de las actividades de las E.P, dispone en relación a las contrataciones de las empresas del Estado, la existencia de un régimen especial y un régimen común para ejecutarlas, así como se encuentra inserta la posibilidad de celebrar actos, convenios, y contratos de objeto privado o parcialmente reglados por el Derecho Privado e inclusive por normativa especial de giro específico de negocio. Básicamente reproduce el régimen de contratación establecido en la LOSNCP, pero con ciertas particularidades.

Entre las disposiciones de la LOEP¹⁴⁰, para las contrataciones en el régimen común de las E.P, en el artículo 34 se indica que estará siempre ceñido a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, estableciéndose como pauta general la necesidad de generar planes estratégicos previos para las contrataciones estatales, alineadas a los planes, proyectos y programas del gobierno central, así como también la necesidad de adquirir productos de origen nacional, siempre y cuando se encuentren en la misma condición técnica y calidad de los productos importados, para este efecto se aplicarán las resoluciones que emita el Instituto Nacional de Contratación Pública, actual SERCOP.

Por otra parte la LOEP, enfatiza la existencia de un REGIMEN ESPECIAL, en el mismo artículo 34, sin embargo este se aplicará en los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, con la particularidad de que **será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable**, es decir crea un régimen autónomo definido por la necesidad y las

¹⁴⁰ Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009, artículo. 34.- CONTRATACION EN LAS EMPRESAS PUBLICAS.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarbúricos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente:

normas que se pudieren crear para el efecto entre contratante y contratado, en el ámbito internacional.

El artículo 34 también señala que en el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional, las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto, con la particularidad **de que lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**¹⁴¹.

El contenido del artículo citado es alentador, amplio, y genera expectativas así como responsabilidades para las instituciones y los funcionarios que hagan uso de cualquiera de los dos regímenes de contratación, siempre con una planificación previa alineada a los planes de desarrollo nacionales.

El régimen común supone la aplicación en general de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública-LOSNC, en resumen: contrataciones de ínfima, menor cuantía, subasta inversas electrónicas, licitaciones, cotizaciones, que implican el uso del portal y de las herramientas provistas por el SERCOP para el desarrollo de los procedimientos pre y contractuales como la subasta inversa electrónica y compras por catálogo.

En el régimen especial la tendencia es diferente, se regula a través de contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación público privada, firma de convenios multilaterales, consorcios u otros de naturaleza similar, contrataciones entre entidades del Estado, y el contenido de las bases normativas que los instrumenten serán los que establezcan los procedimientos y particularidades para cada tipo de contratación o convenio. Las contrataciones de este régimen se someterán a los principios básicos de contratación pública de transparencia, publicidad, vigencia tecnológica, competitividad, los cuales garantizan la correcta y transparente ejecución de los presupuestos, de los que cuentan las E.P, que en una parte provienen del erario público y que son designados mediante asignación presupuestaria por el gobierno central.

De la experiencia en el sector público y al no encontrarse reguladas en forma total las contrataciones de régimen especial, por cuanto las disposiciones para este tipo de

¹⁴¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas (Quito: Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009)

adquisiciones, por ejemplo en contratos celebrados con el Banco Interamericano de Desarrollo, se establecen en los mismos instrumentos que generan los acuerdos multilaterales de cooperación, las normas para la ejecución contractual y post contractual se encuentran determinadas en su totalidad en dichos instrumentos.

En lo que respecta a la etapa precontractual es una especie de híbrido entre lo que dispone la LOSNCP y la normativa internacional, dependiendo de cuál sea el proveedor o Estado con el que se contrate.

A pesar de la amplitud del artículo 34 de la LOEP, en este artículo no se habla en absoluto sobre las contrataciones de régimen de giro específico de negocio de la empresa pública, por cuanto este régimen de contratación ya está plasmado en la LOSNCP, por tanto definido su alcance en el ámbito de las contrataciones administrativas, con lo cual se demuestra, aun más, la relatividad con la que se manejó este tema en el desarrollo normativo¹⁴², por parte de la Asamblea Nacional, a **lo cual se concluye en una moratoria por parte del poder Legislativo en el desarrollo de la normativa que regule las contrataciones de régimen especial de giro de negocio, que podrán efectuar las empresas públicas.**

En conclusión es necesario desarrollar en la doctrina y aterrizar en la legislatura, el desarrollo normativo de las contrataciones de giro específico de negocio, para que este régimen especial se vea plasmado en un articulado claro y sin lugar a manipulaciones, lo cual es también una **moratoria de parte del poder Ejecutivo, ya que luego de 7 años de existencia de la LOEP, hasta la presente fecha no existe un reglamento general de aplicación de la Ley Orgánica, en donde fácilmente se podría desarrollar las contrataciones de giro específico de negocio, modalidades, límites y prohibiciones, superándose los obstáculos y vacíos normativos, que han servido de plataforma para la adquisición de bienes y servicios, por parte de la E.P, prescindiendo del Sistema Nacional de Contratación Pública**

2.1.3.4.- Análisis de normativa expedida por el SERCOP, que regula las contrataciones de giro de negocio de las EP

¹⁴² Artículo 3, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Quito: Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008)

Como se indicó en el capítulo primero, **en el punto 1.2.1.- Contrataciones administrativas y contrataciones de régimen de giro específico de negocio**, las contrataciones administrativas se refieren al régimen común y especial, que podrán ejecutar y desarrollar los organismos de la administración pública, incluidas las empresas del Estado, para adquirir bienes, obras, servicios, consultorías, este se registrará por las Leyes que dictare la Asamblea Nacional, el Ejecutivo las reglamentará, y el Servicio Nacional de Contratación Pública-SERCOP, determinará aspectos menores específicos de aplicación para ciertos procedimientos precontractuales.

En ese ámbito de ideas, el SERCOP, se ha convertido en un aliado intermitente que ha ayudado de cierta manera a complementar los procedimientos y a determinar ciertos límites para la contratación de régimen especial de giro de negocio. En este sentido son algunas resoluciones de ámbito normativo que este organismo ha podido expedir, las cuales se analizarán siempre enfocándose en aquellas que sean de mayor utilidad.

En orden de prelación, la **Resolución INCOP No. 027-09, emitida el 16 de junio de 2009**, es el primer intento de complementar las normas para los procedimientos sometidos a régimen especial, como se indica en el propio considerando de dicha resolución. Este complemento se enfoca en determinar la necesidad de que las entidades que utilizan el régimen especial, del giro de negocio, publiquen los procedimientos de contratación especial, en el Portal www.compraspublicas.gob.ec, en el término máximo de cinco días, así como también la obligación de que los procedimientos a ejecutarse consten en el **Plan Anual de Contratación**, con el objetivo de cumplir los principios básicos de la contratación pública como son la planificación y la publicidad.

Luego en el artículo 3, trata sobre un procedimiento de contrataciones comerciales y de carácter estratégico que podrán tener el carácter de reservado, confidencial, dependiendo de la calidad que le otorgue el SERCOP¹⁴³, mas no indica las particularidades y especificidades de este régimen, su procedimiento y normas específicas.

¹⁴³ Resolución INCOP No. 027-09, emitida el 16 de junio de 2009, **artículo 3.- Sigilo comercial y de estrategia.-** Las contrataciones bajo régimen especial por actividades empresariales o de carácter estratégico que, por su naturaleza, requieran de un tratamiento confidencial, en los términos del inciso final del Art. 26 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, deberán informarse al INCOP con el fin de darles el régimen de reserva y confidencialidad que corresponda. Las demás, deberán identificarse en el PAC de conformidad con el artículo anterior y su información relevante se publicará en el portal.

En el punto cúspide la resolución **INCOP No. 027-09**, en el artículo 4, trata sobre *las contrataciones de giro específico de negocio*, haciendo algunas aclaraciones. En primer lugar indica que son de giro de negocio las contrataciones que **estén directamente relacionadas con el giro de sus negocios, refiriéndose al objeto social de creación de una E.P, de acuerdo con el objeto social de la entidad contratante que conste en la Ley de creación, instrumento constitutivo, normativa sectorial o regulatoria o estatuto social, según sea el caso.**

También aclara que los **“contratos de orden societario”** referidos en el artículo 104 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son aquellos actos y contratos relacionados con la constitución de las sociedades, aumentos de capital, reformas de estatutos, fusiones, escisiones, acuerdos empresariales, cuentas en participación y demás previstos por las leyes societarias que, por su ámbito, no se someten a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En consecuencia, dichos actos y contratos no deben formar parte del PAC ni publicarse en el portal www.compraspublicas.gob.ec, porque obviamente son contratos de índole comercial que puede emprender una E.P. a través de la Ley de Compañías.

En **conclusión** la Resolución INCOP No. 027-09, emitida el 16 de junio de 2009 complementa de manera adecuada ciertos elementos que forman parte del Reglamento de la LOSNCP para la ejecución del régimen especial, así como el procedimiento que deberán seguir las entidades contratantes para que dichas contrataciones se ejecuten, siendo indispensable aplicar los principios que rigen a la contratación pública, pese a que en los propios dictámenes del SERCOP, se excluya del ámbito de aplicación de la LOSNCP, a las contrataciones especiales de giro de negocio.

Otra Resolución del SERCOP, que ayuda a complementar la aplicación y la comprensión de las contrataciones de giro específico de negocio, es la **Resolución INCOP No. 051-2011, expedida el 16 de septiembre de 2011**, en la cual en lo principal se normaliza el procedimiento para que una empresa pública u entidad del Estado, pueda determinar su giro específico de negocio, y solicitarlo al SERCOP, para lo cual en lo principal deberá justificar y catalogar las contrataciones, relacionadas a su giro de negocio, por ser necesarias para cumplir los fines para las que fueron creadas.

Finalmente en la Resolución INCOP No. **051-2011, expedida el 16 de septiembre de 2011**, se ratifica la potestad que tiene el SERCOP y sus funcionarios para que soliciten información y verifiquen los procedimientos de contratación ejecutados por giro de negocio, en caso de que sospecharen o detecten falta de información o elusión de procedimientos.

Como se puede apreciar, son pocas las resoluciones que aportan a la construcción de procedimientos claros para la ejecución del giro específico de negocio en la E.P, no obstante es necesario mantener la expectativa de que el SERCOP, como organismo auxiliar del desarrollo normativo para las contrataciones por giro específico de negocio, genere una mejor innovación y regulación en cuanto a las actividades que se puedan desarrollar bajo este régimen especial, sin que ello signifique elusión de procedimientos.

2.1.3.5.- Contratos de giro de negocio. Cláusulas y acuerdos que pueden crear obligaciones y derechos entre las partes.

El giro específico de negocio pretende facilitar la adquisición de bienes, obras servicios, consultorías e incluso otro tipo de activos (derechos de transmisión, de explotación por ejemplo), en el ámbito de acción y giro de negocio de la E.P, por ejemplo una empresa de telecomunicaciones podrá adquirir por esta metodología todo aquello que permita mejorar su tecnología de telecomunicación, en tanto esta figura jurídica se encuentre legitimada por LOSNCP, y su catalogo por el SERCOP, como organismo regulador de las contrataciones del Estado.

Como se indicó en el capítulo primero, las contrataciones que ejecuta el Estado, son los denominados contratos administrativos los cuales se encuentran regulados por un régimen de derecho público rígido. No obstante existe un régimen especial de contratación, del cual se deriva un régimen especial de contratos, el cual está amparado de manera parcial por la LOSNCP y la LOEP, como quedo indicado en párrafos anteriores.

No se debe olvidar que el punto de partida es el mismo, es decir, el contrato sea público o privado, siempre será un convenio, un acuerdo típico de voluntades, un acuerdo que genera conmutatividad, correlatividad de derechos y obligaciones para las partes “*en*

virtud del cual una o varias personas se obligan respecto de otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”¹⁴⁴

Sin embargo existe una notable distinción entre los contratos públicos de los privados, pero eso no significa que todo contrato celebrado por un organismo de la administración pública sea público, pudiendo ser algunos considerados de derecho privado¹⁴⁵. Esto se encuentra plasmado en la propia LOSNCP, ya que al existir una exención en la aplicación de la LOSNCP se puede afirmar que los convenios y acuerdos a los que lleguen las empresas del Estado con los oferentes y contratistas internacionales, en la aplicación del giro de negocio internacional, no se sujetaran a las normas establecidas por la LOSNCP ni las de su Reglamento, pues por principio básico y aceptado por la legislación ecuatoriana, las entidades del Estado también tendrán un régimen especial para la adquisición de sus bienes, obras y servicios, con el objetivo de agilizar y adquirir, en un mercado competitivo, satisfaciendo sus necesidades y logrando cumplir sus objetivos mediatos.

En conclusión esa es parte de la esencia y naturaleza de este tipo de contrataciones, los cuales por su especialidad, permiten generar las normas que regularan su procedimiento en las cláusulas de los convenios, contratos y acuerdos que se pacten con los oferentes y proveedores internacionales.

De lo expuesto, es posible que los contratos que el Estado produce en sus relaciones comerciales de giro de negocio nacionales e internacionales, con oferentes, nacionales e internacionales, generen pactos acuerdos y convenios, que a su vez definan derechos y obligaciones de dar, hacer y no hacer entre los contratantes. Esta posibilidad aceptada por las legislaciones, la doctrina e incluso la jurisprudencia, da paso a que en el contexto del contrato celebrado, se generen estipulaciones de conveniencia para las partes.

El contrato es Ley para las partes, este es un conocido adagio dentro del mundo del derecho, con el cual se quiere patentizar que los acuerdos a los que lleguen las partes dentro de un negocio jurídico, será respetado y en caso de incumplirse podrá ser demandado. Es por tanto factible indicar que dentro de la contratación de giro específico de negocio el Estado encuentra un límite a sus poderes, algunos de príncipe, para la concreción de un

¹⁴⁴ Colección de código europeos concordados y anotados por Alberto Aguilera y Velasco. Establecimiento tipográfico de la colección de códigos europeos (Madrid: 1875) 185.

¹⁴⁵ Roberto Dromi, Manual de Derecho Administrativo (Buenos Aires: Depalma, 1987), 1203.

negocio jurídico como lo es un contrato, ya que la Ley para las partes no solo es la LOSNCP, sino además el convenio y acuerdo pactado.

Para contextualizar lo citado, en un contrato de contenido público que se rige por las normas de derecho interno como la LOSNCP, el Estado podrá establecer cláusulas exorbitantes dentro de la relación contractual, por ejemplo, pedir la renuncia al reajuste de precios al contratista de una obra. Sin embargo cuando el Estado celebra contratos de contenido de giro de negocio internacional, regido por normas de organismos internacionales, cede parte de ese poderío exorbitante y debe acoplarse a los intereses e inclusive normativa del contratista, que está interesado en celebrar un acuerdo de voluntades con ese Estado.

De esta manera, en la elaboración y construcción de ese cuerpo normativo, el Estado está prácticamente obligado a analizar sus posibilidades de negociación con el particular, futuro contratista, creándose dentro de ese instrumento una serie de nuevas estipulaciones, derechos y obligaciones, ajenos a lo que está acostumbrado el Estado en el Derecho Público, lo cual origina acuerdos y consensos que indirectamente forjan nuevas estipulaciones jurídicas entre las partes.

Quienes estudian el régimen jurídico especial de contratación, pueden divisar un elemento esencial del contrato administrativo, señalan que este es regido por reglas exorbitantes del derecho, de tal suerte que aunque determinados privilegios del órgano público contratante no consten en forma expresa en el contrato, deberán hacerse valer cuando sea necesario. En este sentido el profesor Dromi y el jurisconsulto Altamira¹⁴⁶, señalan que no son esenciales para el contrato administrativo, pero como hemos indicado en párrafos anteriores los contratos de giro de negocio salen del ámbito administrativo público rígido, y se replantean en el ámbito privado, de lo cual pueden crearse incluso nuevas estipulaciones que serán LEY PARA LAS PARTES.

En entrevista a Marcos Villagomez¹⁴⁷, analista jurídico de la EP RTVECUADOR, y a la pregunta de si alguna vez se han estipulado cláusulas distintas a las establecidas en los

¹⁴⁶ Roberto Dromi, citando a Altamira en *Empresas Públicas de Estatales a Privadas* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006), 67.

¹⁴⁷ Marcos Villagómez, analista jurídico de la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador RTVECUADOR E.P. (Quito: sede de la Empresa Pública RTVECUADOR E.P., Entrevistado por David Morales el 1 de febrero de 2016)

pliegos, y modelos contractuales, definidos por el SERCOP, cuando se han hecho contrataciones de giro de negocio, respondió:

"Efectivamente existe un margen de actuación muy cómodo para RTVECUADOR en las contrataciones de giro específico de negocio, por ejemplo hace apenas unos días celebramos un contrato de compra de derechos televisivos del programa MAN VS WILD DE DISCOVERY CHANNEL. Este programa de televisión de autoría de discovery channel, el cual es una productora internacional de programas que no tiene domicilio en el Ecuador, ofrece varias series de televisión a precios que no son nada baratos, y que por sus altos niveles de aceptación y rating en las familias, es comprado para su transmisión en el canal RTVECUADOR, canal 7.

Para esta contratación los abogados negociadores de discovery, solicitaron a la Gerencia Jurídica de RTVECUADOR y sus abogados, hagamos una inclusión de una cláusula especial dentro del contrato base que se tenía previsto firmar, esta versaba en que los programas transmitidos por RTVECUADOR de la primera, segunda y tercera temporada, no podrían ser retransmitidos nuevamente por ningún medio, telemático, televisivo o auditivo, salvo que RTVECUADOR pague nuevamente por los derechos de transmisión. De esa manera en el contrato celebrado se insertó esta cláusula especial la cual fue una nueva obligación para las partes, y que en muchos de los casos no se acepta a otras productoras, sin embargo por la importancia del programa RTVECUADOR tomó la decisión de respetar esa limitante de transmisión a un costo elevado."

De lo expuesto se concluye en la práctica, en los contratos de giro específico de negocio internacional, las cláusulas y acuerdos que se pacten pueden crear obligaciones y derechos entre las partes, más allá de lo establecido por la LOSNCP, e incluso pueden obligar a la entidad contratante, Estado, a ceder frente a requerimientos del proveedor, quien ostenta la calidad de propietario del servicio, bien o activo que se desea contratar, y del cual depende la entidad contratante, forma de ceder que está plasmada en la LOSNCP y Reglamento, en los artículos 2 y 104 respectivamente.

2.2.- Contrataciones por giro específico del negocio de bienes y servicios internacionales por el mecanismo de giro específico del negocio de las empresas públicas.

De manera objetiva, se debe ser consciente y destacar, las disposiciones contenidas en la normativa analizada en el punto 2.1.3 del presente trabajo, la regulación que le otorga la Ley, el Reglamento y las disposiciones del SERCOP a las contrataciones bajo el régimen del giro específico de negocio en la Empresa Pública.

De manera directa se indica que en los procedimientos de las contrataciones de cualquier tipo, se sujetarán y salvaguardarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional, es decir se busca mantener un equilibrio dentro del procedimiento interno que se ha creado, frente a la permisividad del legislador de la no aplicación de lo dispuesto por la LOSNCP para el régimen especial de contrataciones.

Sin embargo el aplicar los principios básicos citados, en este tipo de adquisiciones, las empresas públicas, han enfrentado un reto por cuanto han dejado de lado como el propio artículo 104 del RGLOSNCp lo dispone, la aplicación de la propia LOSNCP.

Pueden por ejemplo a través del giro específico de negocio contratarse de forma directa los bienes y servicios, a quien sea el propietario del bien o servicio requerido, dejando a un lado el principio de igualdad, concurrencia y participación nacional, hecho y realidad lo cual será analizado en puntos posteriores, pues forma parte de la naturaleza del giro específico de negocio y por ello se ha hablado de la huida del derecho administrativo en su total regulación.

Sin embargo no se puede tolerar que a pesar de existir especialidad en los bienes a adquirir, para la competitividad dentro del giro de negocio, se pretenda utilizar este mecanismo de contratación para la arbitrariedad y el favoritismo hacia un determinado sector y proveedor, sino que se deben acoplar los objetivos de la contratación a los regímenes, principios y sistemas de control especificados en la LOSNCp y su Reglamento, de esta manera se garantiza un correcto desempeño del SNCp.

2.2.1.-Introducción necesidades de las EP

Para comprender las contrataciones de giro de negocio, sea local o internacional, que efectúa una empresa pública en el Ecuador, debemos visualizar sus necesidades, giro de negocio, visión y misión, competitividad y régimen económico; y, por sobre todas las cosas como lo señala el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador, se debe considerar la planificación del gasto que efectuará.

En la actualidad, el Ecuador cuenta con 28 empresas de la Función Ejecutiva, de las cuales 25 son públicas, es decir, cuyo 100% de capital es de propiedad estatal- y tres empresas son subsidiarias de economía mixta, donde el Estado tiene al menos el 51% de participación accionaria. Otras son las empresas creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, con lo cual a breves cálculos se tendría un catastro de más o menos 212 empresas públicas¹⁴⁸, sin contabilizar aquellas creadas por las universidades y las que se encuentran en proceso de creación.

Es importante considerar que las necesidades de las empresas estatales y de las adquisiciones utilizando el régimen especial se han incrementado dramáticamente. Mientras en el año 2014 el monto total de la Contratación Pública alcanzó el valor de 8.198 millones de dólares, de los cuales aproximadamente \$ 4.988 millones se realizaron mediante procedimientos de régimen común y aproximadamente \$3.210 millones, mediante procedimientos de régimen especial. En el año 2015 las contrataciones de régimen especial fueron aproximadamente de \$5.100 millones (según Fuente: Dirección Nacional de Estudios e Investigación, SERCOP), lo cual denota una interesante variación en la utilización como favorito, del régimen especial.

Esta breve introducción nos lleva a la inexorable pregunta de ¿porqué se crean las Empresas Públicas-E.P.? La respuesta es compleja, y se ha explicado a profundidad en el acápitulo primero, ya que la diversidad de servicios y necesidades que debe cubrir el Estado, no son frecuentemente atendidas con la creación de una empresa, pues como se indicó en líneas anteriores las empresas nacen con un objetivo empresarial de generar una ganancia, prestar servicios, administrara sectores estrategicos de la economía; y, efectuar

¹⁴⁸ Senplades, Empresas públicas y planificación: Su rol en la transformación social y productiva 1a edición (Quito: Senplades, 2013), 41.

negocios de carácter comercial. Sin embargo también se ha diversificado su finalidad de creación y ahora, más allá del servicio público, buscan cubrir necesidades básicas diversas, como la investigación, educación, entretenimiento, servicios de telecomunicaciones, servicios de minería, armamento, inclusive publicidad e ingenio creativo.

Una de las razones principales por las cuales se crean las empresa estatales, en cumplimiento de las disposiciones constitucionales actuales, son las destinadas al manejo de los sectores estratégicos, con el propósito de alcanzar la soberanía nacional en el manejo de los recursos naturales no renovables como el petróleo y los minerales metálicos y no metálicos; la regulación de monopolios en las telecomunicaciones; el suministro y el acceso a servicios públicos de dotación de energía eléctrica, telefonía fija, telefonía móvil, postales y por su puesto con el propósito de generar competencia sana y equilibrada, que permita un desarrollo equitativo del mercado.

A las empresas citadas se suman otras empresas que cumplen fines productivos, sociales y de seguridad; cuyos roles, también son importantes, tienen relación con la regulación de precios en el mercado, la prestación de servicios que el sector privado no tiene interés prioritario, la contribución directa o indirecta en la ejecución de políticas sectoriales.

Entendida la razón de existencia, se hace más sencillo explicar las necesidades de las E.P, lo cual supone analizar la variedad de posibilidades y de finalidades que motivaron su creación, parte de sus principios, bases estructurales, estrategias; y, decreto o acto administrativo de creación. En ese sentido, por ejemplo, no serán las mismas necesidades de una empresa cuyo fin de creación es la producción de armamento para el ejército (rama de seguridad), a una E.P cuyo fin y principio de creación fue el de satisfacer el servicio público de distribución de gas licuado de petróleo (económico-social).

Para poder concretar las articulaciones de un aparato estatal empresarial público en crecimiento, para poder organizarlo eficientemente y otorgar los recursos que demandan las empresas y entidades del Estado en pleno apogeo, se dispuso en el artículo 7 de la LOEP que el titular del organismo nacional de planificación, SENPLADES, sea miembro de todos los directorios de las empresas públicas constituidas por la Función Ejecutiva, esto con el objetivo de garantizar una adecuada distribución de recursos y planificación de estrategias

en torno a las políticas públicas, necesidades empresariales, austeridad, correcto gasto y servicios a brindar.

La SENPLADES, como miembro de todos los directorios de las empresas públicas, se encarga de velar por la articulación entre la gestión empresarial y la planificación nacional, analizando si el curso económico, inversiones, planificación, desinversiones, necesidades, entre otros movimiento económicos, serán productivos y permitirán a la E.P., mantener un nivel rentable de sostenimiento, ligado al objetivo de creación para el cual fue promovido y el giro de negocio que ejecuta, puesto que el Estado no puede subsidiar la existencia empresarial, sino que esta debe auto sustentarse para que cumpla los objetivos y las necesidades de existencia.

Para lograr este cometido, la SENPLADES creó una instancia de asesoría técnica y jurídica a los delegados en directorios de las E.P, ya que como es conocido todos los directorios de las E.P se encuentran constituidos por un delegado de la SENPLADES. Es así que, en noviembre de 2010, se creó la Dirección de Representación en Directorios y Empresas Públicas destinada a asesorar a las autoridades institucionales en la toma de decisiones en los directorios de los cuerpos colegiados, empresas públicas y consejos en los que participa la SENPLADES, basándose en información técnica continua, confiable y oportuna, con sustento en las disposiciones legales vigentes.

Posteriormente, considerando la amplitud de temas tratados en los directorios de las empresas y evidenciando las necesidades de las E.P, en octubre de 2012, esta dirección se elevó a Coordinación General de Empresas Públicas¹⁴⁹ encaminando su misión a:

“Fomentar una gestión empresarial pública coherente con lo dispuesto en los diferentes niveles de la Planificación Nacional con visión de integralidad estatal y sectorial, promoviendo la eficiencia y la búsqueda de rentabilidad económica y social; a través del diseño de políticas de gestión empresarial pública y la asesoría a las autoridades institucionales, delegadas a los directorios de empresas públicas y a los consejos y cuerpos colegiados vinculados a las Empresas Públicas en los que [la] Senplades tiene representación.

De esta forma la Coordinación General de Empresas Públicas se compuso de dos macro procesos: la Dirección de Representación en Directorios que continúa manteniendo sus funciones; y, la Dirección de Gestión Empresarial Pública que

¹⁴⁹ SENPLADES, Mediante Acuerdo Ministerial 392 publicado en el Registro Oficial Suplemento 95 de 2 de diciembre de 2010.

tiene como rol orientar la vinculación de la gestión empresarial con la planificación nacional, las políticas públicas nacionales"

Es oportuno señalar que esta Coordinación se encarga de analizar las necesidades de las E.P y de determinar cuáles son prioritarias, así el parámetro de estandarización dependerá de su objeto social de creación, así como de las disposiciones bajo las cuales han sido creadas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y por su puesto la calificación de giro de negocio del SERCOP, en los que se determinarán los mecanismos e instrumentos que dispondrá para la contratación bajo el régimen especial de giro específico de negocio.

La necesidad podría variar dependiendo, si es una empresa con rango de acción local, o si su influencia es internacional, lo que le proporcionaría la posibilidad de recibir mayores recursos de parte de la SENPLADES, cubrir su giro de negocio y satisfacer necesidades de terceros.

En conclusión, en contraste con otras legislaciones, por ejemplo la norte americana y la colombiana, para satisfacer las necesidades de una E.P no se cuenta con un sistema de determinación, como lo mantiene el ecuatoriano, por tanto no se trata de ninguna manera de un modelo de trasplante legislativo simple de otra legislación o de la experiencia de un determinado territorio, sino por el contrario la existencia de un ordenamiento jurídico propio, bajo el cual previo a determinar si existe una necesidad de la E.P, esta debe estar plenamente justificada, ligada al plan de desarrollo nacional y encontrarse atada al giro de negocio empresarial, lo cual con base en la normativa definida, Leyes Orgánicas (LOSNCP y LOEP), para la satisfacción de las necesidades de la E.P, permite alcanzar un gasto óptimo dentro del ejercicio de las actividades de contratación que le permitan satisfacer a la E.P, la necesidad existente.

2.2.2.-Definición de las contrataciones de giro específico de negocio internacional

¿Cuál es la distinción que la doctrina hace con relación al régimen jurídico aplicable para las contrataciones internacionales de las empresas constituidas por el Estado?. Al respecto el profesor Miguel Marienhoff señala:

“Al estudiar al régimen jurídico de las empresas del Estado, corresponde aclarar en qué rama del derecho quedan encuadradas o, en otros términos, qué rama del derecho

las rige ¿el privado o el público? Para ello hay que conocer cuál es la actividad de la empresa, pues la rama del derecho aplicable se relaciona con dicha actividad. La Ley No. 14,30, artículo 1, se ocupa de esta cuestión. Si la empresa del Estado desarrolla actividades comerciales e industriales queda sometida al derecho privado; si la actividad de la misma consiste en la prestación de servicios públicos queda sometida al derecho público, igualmente queda sometida a este derecho en todo lo que atañe a sus relaciones con la Administración¹⁵⁰” (énfasis fuera de texto)

Esta distinción bien analizada por Marienhoff, sobre los fenómenos presentes dentro del desenvolvimiento de las actividades de la administración pública, y su capacidad empresarial, permiten considerar la posibilidad de que las contrataciones internacionales de una E.P, se relacionan directamente con las necesidades que surgen de su diario ejercicio o actividad, es decir las mismas serán comerciales y se encuentran sometidas al derecho privado, obviamente sin que esto signifique violentar las normas de carácter público, que como se analizó en el punto 2.2. del presente trabajo, se encuentran establecidas en mandatos de rango Constitucional.

En la legislación ecuatoriana si se permite esa "libertad de aplicar la legislación privada" de la que habla Marienhoff, para las contrataciones de giro específico de negocio, sobre todo en las internacionales, aunque no se la faculta frontalmente en la LOSNCP, sino en el Reglamento a la Ley en el artículo 104.

Sin embargo y en contraste, Gordillo¹⁵¹ es celoso respecto a la delgada línea de acción que tiene el Estado en el ámbito privado, lo cual no proyecta su visión a la

¹⁵⁰ Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo (Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2003), 401.

¹⁵¹ En Argentina, el aporte valorativo es diferente y al respecto el profesor Gordillo explica, en su libro Tratado de Derecho Administrativo, página 480, que las empresas del Estado " no es probable ni admisible, y tal vez ni siquiera posible, que la empresa del Estado o cualquier otro ente estatal pueda escoger del derecho público y privado sólo lo que más le convenga para regir sus destinos: Del derecho público, sus potestades, y del derecho privado, su libertad; pues la conjunción de otorgar potestades y libertad a un ente no puede resultar sino en su arbitrariedad y desenfreno. Estamos pues ante una disyuntiva inevitable: O se le dan potestades públicas con sus consiguientes limitaciones, o se le da la libertad de los entes privados con su consiguiente carencia de potestades públicas. Esto no significa que no puedan conciliarse en un mismo régimen aspectos de derecho público y privado, sino que no pueden tomarse para ello precisamente los elementos más contrapuestos y más típicamente representativos de cada uno. Para conciliar ambos regímenes, es necesario suavizar y reducir los caracteres típicos respectivos, y si se dan potestades públicas, por ejemplo, deben ser muy limitadas, del mismo modo que si se otorga libertad de acción tampoco puede ella ser muy acentuada. De todos modos, esto demuestra la dificultad de hacer funcionar el doble sistema de derecho público y privado, y por lo tanto la inconveniencia de recurrir a él cuando ello no resulta totalmente imprescindible”

importancia de que el Estado también pueda ser empresario, y muchos de los tratadistas en Derecho que aportaron a la construcción del presente análisis sobre el giro de negocio, mantienen esa mentalidad.

No obstante el profesor Cassagne, indica que uno de los temas donde mayores contradicciones confluyen es el de la terminología empresa pública, las cuales en estricto análisis se diferencia de las entidades administrativamente descentralizadas, ya que las dos tienen distintas formas jurídicas de actuación.

En ese sentido Cassagne indica que dentro de la fuerza de la realidad ha desplazado "todo el rigorismo de la concepción tradicional que se caracterizaba por formas puras de organización administrativa, con regímenes jurídicos netos¹⁵²."; en conclusión señala Cassagne, que han surgido formas jurídicas nuevas que responden a las necesidades estatales de satisfacer emprendimientos estratégicos y que estas formas jurídicas "no respondían a categorías conceptuales preestablecidas, con regímenes jurídicos heterogéneos, caracterizadas por la presencia simultánea de normas de los ordenamientos público y privado¹⁵³".

El análisis efectuado, el cual defiende la dicotomía de aplicar tanto normas de carácter público como privado, en el obrar de la E.P., se ha plasmado en el artículo 4 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013, que dispone: "*Remplácese el artículo 25 por lo siguiente: ...Para la adquisición de bienes, obras o servicios no considerados de origen ecuatoriano de acuerdo a la regulación correspondiente se requerirá previamente la verificación de inexistencia en la oferta de origen ecuatoriano, mediante mecanismos ágiles que no demoren la contratación*".

Esta disposición implementa y permite superar el principio de participación nacional, previsto en la LOSNCP, logrando el mecanismo de contrataciones internacionales, de necesidad privada, que puede desarrollar una Empresa Pública, bajo el paraguas del giro específico de negocio, sin embargo su alcance no está plenamente

¹⁵² Juan Carlos Cassagne, Derecho Administrativo Tomo I (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006), 314.

¹⁵³ Juan Carlos Cassagne, Derecho Administrativo Tomo I (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006), 314.

definido, en cuanto al procedimiento a seguir, los requisitos del proveedor internacional y la manera de suscribir el contrato.

En conclusión, ante el vacío normativo de procedimiento para adquisiciones de giro de negocio internacional, se debería pensar en una analogía con el derecho público creado para el efecto, en las contrataciones de régimen común, cuyo procedimiento podría solventar los vacíos legales, lo cual básicamente es aplicado por los funcionarios de la empresas públicas, esto en razón de que la utilización del procedimiento común permite evadir posibles responsabilidades, frente a auditorías de la Contraloría General del Estado.

Así lo señala el abogado Andrés Castro Salas en entrevista efectuada el 11 de mayo de 2016, quien en su calidad de funcionario de la Empresa Pública YACHAY, ha efectuado algunas contrataciones de giro de negocio, para solventar necesidades de la E.P, en cuestiones de educación superior. Al respecto el abogado manifestó que para la contratación de los servicios de capacitación de profesores PHD, para una mejor metodología de enseñanza de calidad, se aplicó la Resolución No. YACHAY EP-GG-2014-0011 expedida el 15 de mayo de 2014, en la cual se establecen los bienes, servicios y obras que se podrán contratar así como se establecen los parámetros de contratación, los cuales señaló el abogado Castro, fueron asimiladas del procedimiento establecido en el régimen común, por ejemplo para una ínfima cuantía, cotización, menor cuantía, entre otros.

Exposiciones normativas de otros escenarios geográficos promueven, que las E.P puedan celebrar contratos de derecho privado, tratándose del escenario internacional. Esto se ve plasmado en el giro específico de negocio y en las contrataciones internacionales, que en la legislación mexicana, José Francisco Ruiz Massieu¹⁵⁴, resalta que la capacidad del Derecho Administrativo, es rebasada por la necesidad de la actividad para la cual fue creada la empresa pública, lo cual genera que las empresas en dicha nación puedan pertenecer en más de un 75% a personas naturales y jurídicas privadas, lo cual les permite elegir entre el campo de derecho privado por sobre el público.

Las empresas públicas y sus distintas formas de ejercer las actividades comerciales (El giro específico de negocio), obligan a que la misma se desempeñe por fuera de la regulación del Derecho Administrativo local, no hacerlo sería atentar contra la esencia

¹⁵⁴ José Francisco Ruiz Massieu, *La Empresa Pública un estudio de Derecho Sobre México* (México Distrito Federal: ediciones del instituto nacional de Administración Pública, 1980), 39.

misma de la creación de una empresa pública por su carácter específico, por la satisfacción de sus necesidades como se indicó en párrafos anteriores. Sin embargo y como quedo sentado en líneas anteriores, actuar por fuera de la regulación de la LOSNCP, no le exime a la entidad contratante de su obligación de observar las disposiciones contenidas en el derecho público interno.

Si bien como se citó a Gordillo, la empresa pública basa la mayoría de sus actividades, en un contenido normativo de derecho público, no es menos cierto que dicho derecho se aplica hasta cierto punto, donde existe una delgada línea entre lo administrativo y lo comercial o mercantil que como se dijo antes, permite rebasar los parámetros de aplicación del Derecho Administrativo, sin atentar contra los principios y obligaciones que lo regulan.

Negar la tesis antes citada, sería atentatorio y contradictorio a la vez, en cuanto al giro de negocio y a actividad de la empresa pública, pues si bien se adquieren bienes, servicios obras, ceñidos a las normas del territorio ecuatoriano, en el mundo globalizado y analizadas las necesidades de contratación internacional, estas contrataciones no se encuentran reguladas por las legislaciones locales en su totalidad, como los propios funcionarios entrevistados han indicado en base a su experticia.

En este punto y para culminar el acápite, falta por definir las contrataciones de giro de negocio internacional, las cuales de conformidad a lo establecido en las entrevistas generadas, y de las experiencias compartidas, se definen como mecanismos de contratación específicos que podrán realizar las empresas públicas con el objetivo de satisfacer sus necesidades de bienes y servicios, de giro y objeto social de negocio, que por antonomasia se encuentran reguladas por el convenio privado de las partes, siendo aplicable de manera parcial en el procedimiento precontractual, la normativa local dentro de los trámites internos, sin embargo su contratación internacional se rige por el consenso de los partícipes, en el negocio jurídico a concretarse, e incluso por los tratados y convenios internacionales que podrían existir entre Estados.”¹⁵⁵

¹⁵⁵ William Twinnuing, “Diffusion of Law: A Global Perspective”, op. cit., pp. 20-21, y Generalizing about Law: The Case of Legal Transplants, Lecture IV, op. cit., o.20. en Daniel Bonilla, Teoría del derecho y trasplantes jurídicos (Colombia: Siglo del hombre editores, 2008), 17.

2.2.3.-Normativa que regula las contrataciones de giro específico de negocio internacional.

Como se indicó en el punto 2.1.3., Régimen jurídico que regula las actividades de giro específico del negocio de las Empresas Públicas, el giro específico de negocio tiene como base normativa de la contratación: los tratados internacionales, la Constitución, las Leyes Orgánicas Ordinarias, las Resoluciones de los Organismos de Control, entre otros cuerpos normativos internos y externos, lo cual en el ámbito internacional siempre se referirá a los tratados internacionales en caso de existir, por cuanto y como explicamos en el párrafo anterior, en este tipo de contrataciones prima la normativa internacional, el consenso de las partes, y por supuesto la normativa que regula a las empresas o proveedores.

En el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, se estableció que tendrán prácticamente el mismo rango de jerarquía que las normas constitucionales¹⁵⁶, dependiendo de la circunstancia y protección de derechos específicos, **las normas, convenios y tratados internacionales de los que el Ecuador sea suscriptor.** En este sentido, en el ámbito normativo existen acuerdos internacionales que pueden influenciar la contratación pública de los Estados, y por su puesto de forma directa la de giro específico de negocio, sin embargo y a manera de conclusión, podemos afirmar que falta mucho por desarrollar y aprender al Estado ecuatoriano, por cuanto no se ha sumado a los convenios existentes en materia internacional de compras públicas.

En conclusión, las regulaciones de las contrataciones internacionales de giro específico de negocio, tienen gran influencia de parte de la normativa local e internacional y del consenso al que lleguen las partes, como quedo citado en el claro ejemplo de las contrataciones de la empresa pública RTVECUADOR para el programa MAN VS WILD, sin embargo y como quedo especificado de conformidad al artículo 60 de la LOSNCP, estas contrataciones son administrativas y se regulan por la LOSNCP, sin embargo la propia norma induce a un error por cuanto limita a que se aplique en forma puntual la

¹⁵⁶ Constitución de la República del Ecuador artículo 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

LOSNCP, para la adquisición de obra pública e infraestructura, y deja una gran puerta abierta para que los bienes y servicios salgan de la esfera de su control

2.2.4.-Procedimiento de contratación internacional de giro de negocio

Para descender y analizar el procedimiento de la contratación internacional de giro de negocio de una empresa pública, ya que no existe como tal un procedimiento establecido como se indicó en párrafos anteriores, en primer lugar es necesario analizar los casos prácticos y entrevistas, que sirvieron para el desarrollo de este trabajo investigativo, lo cual a la postre permitirá generar una idea clara y generar una guía de procedimiento al momento de iniciar este tipo de adquisiciones, para ello se ha tomado el caso de la empresa pública RTVECUADOR.

La ingeniera Mayra Guerrón¹⁵⁷, Directora de la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador RTVECUADOR E.P., en la entrevista efectuada, explicó en breves líneas como opera RTVECUADOR para el caso de una contratación internacional de giro de negocio, y resumió su proceder en los siguientes pasos:

En primer lugar se hace una manifestación de interés público, por medio del portal de compras públicas del SERCOP, de la obra, bien o servicio que se desea contratar, de esa manera se comprueba que no existe oferta nacional, es decir si ninguno de los oferentes nacionales acepta la invitación, entonces se hace una solicitud al SERCOP para aprobar la contratación internacional, por falta de capacidad nacional para contratar el bien, obra o servicio necesitado.

Una vez que se ha obtenido el certificado de capacidad nacional, previo a la contratación internacional y recepción de ofertas, se prepara una base precontractual, como para un concurso local, con la cual se busca manifestar el interés de la empresa pública RTVECUADOR, definir el bien o servicio a contratar, y definir los requisitos técnicos y legales, de la oferta hacia el concierto internacional. Generalmente en esta etapa se analiza si la empresa o proveedor internacional con el que se va a contratar, tienen la experiencia y el producto a adquirir.

¹⁵⁷ Mayra Guerrón, Directora de Compras públicas de la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador RTVECUADOR E.P. (Quito: sede de la Empresa Pública RTVECUADOR E.P., Entrevista del 30 de septiembre de 2015).

Luego de tener aprobada por la máxima autoridad los documentos precontractuales, como son la invitación, pliegos e invitación, y nombramiento de una comisión que deberá calificar las ofertas, se hace una publicación. Esta publicación se la puede hacer a la par a través del portal de compras pública ecuatoriano, en la página web de la institución, y para tener un alcance más importante, se la puede hacer en las páginas web de las embajadas del Ecuador, en los países que podrían tener oferentes calificados y aptos para lo que se desea contratar.

Luego de ello se receptan las ofertas, en los plazos establecidos y procurando se cumplan los requisitos de las bases precontractuales, las mismas que serán revisadas en un tiempo establecido por la comisión de calificación designada para el efecto.

Posterior a la calificación de las ofertas, se estima cual es la más conveniente a los intereses de la entidad, en precio, estándares de calidad, costos directos e indirectos, extras que podría ofrecer, entre otros puntos. Esta calificación se pone en conocimiento de la comisión de calificación y de la máxima autoridad de la entidad para su aprobación.

Una vez calificadas las ofertas, se nombra un ganador del concurso y se adjudica su oferta internacional. En caso de que existan dos ofertas que sean convenientes se puede llamar a una etapa de negociación para tratar de reducir costos o aumentar beneficios de la oferta, en un ejercicio de libre competencia.

La Directora de Compras Públicas concluyó indicando que este procedimiento es similar al de un concurso público de precios o una licitación, que están establecidos en la LOSCNP, y se lo aplicará en el mes de diciembre de 2015, para la contratación de giro específico de negocio internacional de la RENOVACIÓN DE LA RED DE TELECOMUNICACIÓN DE RTVECUADOR, sin embargo no pudo develar mayores detalles pues se solicitó al SERCOP la confidencialidad sobre la ejecución de esa contratación.

En conclusión se puede afirmar que el procedimiento de contrataciones internacionales de giro específico de negocio, tiene como base la legislación local ecuatoriana, sin embargo en el momento de elaborarse el contrato, los pliegos, las bases contractuales, pueden sufrir cambios dependiendo de las necesidades de la actividad y giro de negocio empresarial.

2.2.5.-Casos prácticos de E.P que contrata por giro de negocio

En el año 2015 RTVECUADOR adquirió a discovery channel, empresa constituida en la legislación inglesa, una serie de programas televisivos bajo el procedimiento internacional de giro específico de negocio. Para el efecto se aplicó el procedimiento citado en el punto 2.2.4 y el contrato se celebró con un acuerdo multilateral entre RTVECUADOR y DISCOVERY CHANNEL, en el cual los abogados de ambas partes construyeron el contrato con cláusulas especiales y específicas que convenían a sus intereses, cláusulas que en algunos casos convenían al proveedor privado sin que se apliquen cláusulas exorbitantes del derecho público.

Otro caso fue el de la Empresa Pública Cementera del Ecuador (EPCE E.P.) la cual adquirió a inicios del 2016, bajo el régimen de giro específico de negocio, el servicio de asesoría minera de la empresa Sociedad Punta del Cobre S. A., servicios específicos que solo lo provee esta empresa constituida en Chile. Esta contratación fue mucho más compleja pues la empresa se negó a participar bajo la normativa de regulación de contrataciones de la LOSNCP y del SERCOP, entonces la empresa Pública Cementera del Ecuador (EPCE E.P.), para satisfacer la necesidad de ese servicio, contrató con la empresa chilena bajo la legislación chilena y en un contexto de contrato sin cláusulas exorbitantes, y con el mínimo contenido administrativo de la legislación ecuatoriana, bajo los parámetros incluso de legislación, jurisdicción y competencia con sede en el país Chileno. Esta información también se la maneja con carácter confidencial, sin embargo uno de los funcionarios del SERCOP la facilitó, manteniendo el régimen de reserva de manejo de la información.¹⁵⁸

Dentro de estas contrataciones la aplicación del artículo 104 del Reglamento a la LOSNCP, es directa y es el paraguas sobre el cual los funcionarios de las empresas públicas se encuentran facultados a iniciar procesos de contratación con proveedores internacionales no domiciliados en el país.

En las entrevistas efectuadas muchos de los administradores, servidores públicos, del portal de compras públicas www.compraspublicas.gob.ec, indicaron que a más de instituir su proceder en el artículo 104 y en el régimen especial, establecido por la

¹⁵⁸ Cristina Vinueza, especialista de asesoría jurídica zonal 2 del servicio de contratación pública SERCOP, consulta efectuada el 8 de abril de 2016.

LOSNCP, sus procedimientos se fundamentaron en las Resoluciones **INCOP No. 027-09, emitida el 16 de junio de 2009**, en la cual se conmina a las entidades que utilizan el régimen especial, del giro de negocio nacional e internacional, publiquen los procedimientos de contratación especial, en el Portal www.compraspublicas.gob.ec; y, en la **Resolución INCOP No. 051-2011, expedida el 16 de septiembre de 2011**, en la cual en lo principal se normaliza el procedimiento para que una empresa pública u entidad del Estado, pueda determinar su giro específico de negocio, y solicitarlo al SERCOP.

Sin embargo los funcionarios, en su mayoría, efectuaron una crítica constructiva a dichas bases legales, pues en su criterio no son suficientes y carecen de procedimientos claros para superar obstáculos dentro de la contratación. De ahí el criterio de que el procedimiento se ha convertido en una especie de híbrido, entre lo que el SERCOP a regularizado en dos resoluciones de alcance limitado, y los procedimientos definidos por la LOSNCP y su Reglamento, dentro del régimen común.

Si bien es cierto, no existe como tal un procedimiento de contratación de giro de negocio internacional, detallado y precisado en la normativa interna del SERCOP, LOSCP y su Reglamento, este régimen especial de contratación se ha convertido en una herramienta útil para satisfacer las necesidades de giro de negocio de la E.P, en el momento deseado y con los recursos de los que disponen, con el objetivo de mantener estándares de competitividad en el mercado.

No obstante y de conformidad a los artículos 4 de la LOSNCP, los regímenes de contratación común y especial siempre estarán supeditados a los principios básicos y fundamentales de la LOSNCP, y por lo tanto siempre se encontrarán ligados a los procedimientos, principios aplicables como el de igualdad, legalidad y concurrencia; y, demás estamentos fundamentales para que se generen compras de giro de negocio responsables acordes a la normativa local, manteniendo un régimen de orden y legalidad adecuado tanto para los intereses de los proveedores como de las E.P.

Un caso práctico en el que no se aplicó un procedimiento preestablecido, de giro de negocio, por falta de claridad en el mismo, y que generó sanciones en contra de los funcionarios públicos, **está plasmado en un examen especial a los procesos**

precontractual, contractual y de ejecución de los contratos de adquisición de bienes y servicios a la actual Empresa Pública de Radio y Televisión de Ecuador EP, por el período comprendido entre el 1 de mayo de 2009 y el 31 de diciembre de 2011, informe número DAE-014-2012.

Uno de los descubrimientos que constan en el informe, efectuado por los auditores, revela que el proceso de contratación bajo régimen especial No. PUB-RTVEC-006, no establecía cláusula de multas, lo cual constituye un riesgo para la administración de los recursos públicos, en el evento de que el contrato no se cumpla.

Posteriormente en el mismo informe en las páginas 16 a 22, el equipo de auditores expone que dentro de los :

“Procesos de contratación RTVE-GN-008 y RTVE-ABM-002-2011, por el giro específico del negocio” existieron algunas irregularidades, ya que:

1. No se presentó los documentos que evidencien que se solicitó al menos tres proformas, conforme exige el artículo 2 de la Normativa de Régimen Especial...,

2.En los pliegos del proceso...se indican parámetros pero no el puntaje de cada uno; así por ejemplo: tiempo de entrega, plazo de alquiler, soporte técnico y mantenimiento...; sin embargo, en el informe del concurso..., se califican a los dos oferentes con 15 puntos; pese a que PEUCRO S.A. ofertó un equipo usado del año 2008 e INSTALCAST INC. Propuso un equipo del año 2011...”

En este caso en particular los auditores observaron de manera correcta la indebida aplicación y no aplicación de la normativa de giro de negocio de la citada empresa pública, inclusive esta se había expedido mediante Resolución 66 GG-007-2010 de 22 de octubre de 2010.

Con base en las observaciones indicadas, el equipo de auditores solicitó por escrito al Director Jurídico de la empresa, explique las razones por las cuales no se había incluido en los pliegos del proceso los parámetros de evaluación de las ofertas y sus ponderaciones para la evaluación, ante lo cual el funcionario respondió, que los procedimientos precontractuales de giro de negocio no se sujetan a **las normas comunes de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y que los mismos se sujetan a las Normas expedidas por la Empresa Pública, RTVECUADOR.**

Luego en la página 21 del citado informe, los auditores expresaron lo siguiente: *“Los parámetros fueron establecidos por el área requirente mediante oficios...; sin embargo, en los mismos, no se establece un puntaje dando lugar a criterios subjetivos al momento de evaluar las ofertas. Además, en los pliegos deben establecerse con claridad los parámetros y ponderaciones para las evaluaciones de las ofertas a fin de que los oferentes se sujeten a lo establecido.”*

En este caso existió una evidente falla por parte del funcionario, quien no estableció con claridad en los pliegos los parámetros de evaluación de las adquisiciones, lo cual por principio de igual y de participación la LOSNCP exige se estipule de forma clara en la etapa precontractual, de todo proceso se de régimen común o especial.

En cuanto a la cláusula de multas, como se indicó en el punto 2.2.3.-*Normativa que regula las contrataciones de giro específico de negocio internacional*, el establecimiento de ciertas salvedades en los contratos, forma parte de la naturaleza de las contrataciones de giro específico de negocio internacional, por tanto el desconocimiento de esta modalidad especial de contratación, hace pensar a los entes de control que existen equivocaciones al momento de establecer ciertas condiciones especiales.

Por tanto no se trata de establecer una cláusula, en aplicación de las teorías tradicionales de supremacía del derecho administrativo, por sobre cualquier otro pacto de índole bilateral, sino más bien de comprender la posibilidad de que al pactarse el acuerdo entre dos voluntades, en el giro de negocio, las decisiones y acuerdos a los que se lleguen las partes rebasarán los límites del derecho administrativo, de ahí que autores como Ferrer, Cassagne y Marienhoff, mencionados en el presente trabajo, defiendan el hecho y la posibilidad de que el Estado a través de sus entidades empresariales puedan y efectivamente ejecuten contratos en los cuales la influencia del derecho público se ve menguada por la necesidad de pactar como se lo haría entre privados.

Conclusiones y recomendaciones

a) Conclusiones

Si bien en la concepción de empresa estatal se idealizó y fecundó la idea de empresa pública basada en un régimen particular “privado”, lo cual se ve plasmado en ciertas legislaciones foráneas, así como se lo quiso instaurar en la realidad ecuatoriana, identificándose que incluso la iniciativa de crear este tipo de organismos se basó y tomó como base inicial la competencia privada, incluso se instrumentó utilizando a la privatización, no es menos cierto que dicha iniciativa se ha traspolado hacia lo público **impidiendo** que los organismos cuyos recursos son de origen estatal, encuentren en el giro de negocio un instrumento de contratación pública que permita un uso indiscriminado de recursos para la adquisición de bienes y servicios de origen local e internacional.

El rol del Estado ecuatoriano en la economía, se ha visto fortalecido con un ordenado sistema de planificación, supervisión y control de los sectores estratégicos, prestación de servicios públicos y el ejercicio de todo tipo de actividades de índole comercial. Como consecuencia, el ideal de un Estado planificador es que la actividad empresarial pública se empodere hacia la gestión eficiente y eficaz de los servicios y sectores públicos estratégicos, así como de otras actividades.

Parte de la intervención estatal en la economía, para que se cumpla el mencionado rol, se logra a través de la **creación de empresas públicas**, entidades de economía pública y en algunos casos pública-privada, que dejan de ser organismos autónomos, y pasan a ser motores generadores de utilidades y excedentes, o en términos coloquiales, ganancias para el Estado y sus asociados.

Como las principales características de la empresa pública, son la actividad empresarial a la que se dedica y el interés público que motiva su existencia, el interés público, frente a la actividad empresarial particular de negocios específicos dentro de un mercado, **enfrenta a la E.P como unidad de recursos y de negocios, a prestar servicios públicos, gestionar los sectores estratégicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales y la gestión bienes públicos**, asegurando un esquema de desarrollo y de participación en el Mercado.

Las empresas estatales, utilizan varias modalidades de contratación, a través de contratos administrativos y de índole comercial privada, para el desarrollo de sus actividades empresariales y satisfacción de necesidades, dichos actos y contratos son de diferente régimen. Por una lado tenemos los establecidos en el régimen especial de la LOSNCP, en los cuales se halla contemplado el régimen especial de giro de negocio, por tanto sus regulaciones son de las contrataciones administrativas típicas por disposición del artículo 60 de la LOSNCP. Por otra parte están las contrataciones de régimen especial determinadas en el artículo 34 de la LOEP, las cuales se refieren a las alianzas que se puedan hacer y de las que nacerán otras disposiciones de contratación.

En la legislación ecuatoriana, los contratos administrativos se rigen por dos regímenes: **régimen común**, se acentúan características propias del contrato administrativo; y, el **régimen especial**, cuya expresión de especial, se ve reflejada en parámetros de contrataciones de mayor flexibilidad e incluso aplicabilidad de la normativa interna de la empresa para su ejecución.

Por su parte, dentro de este régimen, **los contratos de giro específico de negocio**, se convierten en una herramienta útil de contratación que rebasa y complementa el espectro de las formas de contrataciones del régimen común, ampliando las posibilidades de adquirir bienes, y servicios específicos y autorizados, para una E.P, siendo el régimen normativo, que regula las contrataciones de giro de negocio de la E.P, la LOSNCP, Reglamento de la LOSNCP, LOEP, Resoluciones del SERCOP y los contratos de giro específico de negocio.

Parte de la esencia y naturaleza de los contratos de giro específico de negocio, es su especialidad y flexibilidad frente a su regulación, lo cual permite que se adecuen a las necesidades, expectativas de la E.P., así como a la legislación e intereses de los proveedores locales e internacionales.

Las contrataciones de giro de negocio nacen de una necesidad empresarial pública específica, potenciar la competencia en el mercado con empresas del sector. Sin embargo la herramienta utilizada no debe ser aplicada como un mecanismo de contratación que evada las normas, principios y mecanismos de participación que prevé la LOSNCP, en la contratación de bienes obras y servicios, incluidas las consultorías.

La normativa que regula a media voz, los procedimientos de giro específico de negocio, han derivado en algunos casos en falencias y aplicación indebida de

procedimientos contractuales, que escapan del derecho público. Sin embargo estas falencias se verían superadas, con la regulación adecuada de parte del SERCOP de los procedimientos especiales de contratación, así como de capacitaciones que absuelvan dudas y vacíos de los funcionarios y operadores de las compras públicas en el Ecuador.

b) Recomendaciones

Si bien la modalidad de contratación de giro específico de negocio, resulta en un método de contratación que permite agilizar la contratación de la E.P. para satisfacer ciertas necesidades propias de su actividad empresarial, y poder competir en el mercado con otras empresas dentro de un sector de bienes y servicios determinados, no se debe utilizar esta herramienta como un mecanismo de atajo a los procedimientos regulares establecidos en la LOSNCP, y por una emergencia desmotivada adquirir un bien o servicio sin respetar los principios establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP.

El abuso de esta herramienta podría ocasionar no solo un colapso para el sistema de transparencia y rendición de cuentas nacional, sino además un colapso económico dentro del propio SNCP, por cuanto al existir un aumento exponencial en las contrataciones dentro de este régimen acompañado al flujo de dinero, debido al creciente endeudamiento al que se ha volcado la política y sistema económico ecuatoriano, se generarían contrataciones por fuera de las regulaciones de la LOSNCP, lo que ocasionaría que muchos proveedores de bienes, obras y servicios locales dejen de percibir los ingresos y permitiendo la fuga de capitales públicos hacia proveedores extranjeros.

Ante el vacío normativo de procedimiento, para adquisiciones de giro de negocio internacional, es necesario a través de una analogía con las contrataciones de régimen común, solventar los vacíos legales existentes, hasta que el SERCOP, o el Ejecutivo con la expedición, de un Decreto o Resolución, que Reglamente la LOSNCP, y los procedimientos de giro de negocio evitando la inadecuada o confusa aplicación de procedimientos de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, cuyos efectos podrían ocasionar inclusive perjuicios económicos a los recursos del Estado, en razón de una potencial aplicación discrecional e impropia de los procedimientos, que responden en su mayoría a normativas internas dictadas por las propias empresas públicas.

Sobre la base del trabajo presentado, es imprescindible que las autoridades o funcionarios de la Función Ejecutiva del Estado, construyan y publiquen el **Reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas-LOEP, cuerpo normativo en el que se deberá** establecer parámetros claros tanto para la identificación del procedimiento y aprobación de giro del negocio en las empresas públicas, como para el establecimiento de principios rectores que regulen la aplicación de convenios asociativos o alianzas estratégicas en beneficio del Estado.

Finalmente se recomienda tomar en consideración para la construcción del Reglamento de la LOEP; la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo y el “principio del inversor en una economía de mercado”, en cuya sentencia BOCH de 10 de julio de 1986 (asunto 40/85), indica que una forma apropiada de establecer si una determinada medida constituye ayuda estatal a una empresa pública consiste en **“determinar en qué medida la empresa sería capaz de obtener esos fondos en los mercados privados de capital”**. Jurisprudencia que podría servir como guía para adaptar los avances normativos de giro específico de negocio a la realidad ecuatoriana, los cuales se han desarrollado en torno al ámbito de la empresa pública y la integración comunitaria, como una guía estratégica para identificar las situaciones derivadas del intervencionismo estatal y su forma de regularlo.

Bibliografía

Aguilera, Alberto y Velasco. Colección de código europeos concordados y anotados, Establecimiento tipográfico de la colección de códigos europeos. Madrid: 1875.

Ávila Santamaría, Ramiro. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2005.

Ávila Santamaría, Ramiro. El neoconstitucionalismo transformador, el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008. Quito: Abya-Yala, 2011.

Bercaitz, Miguel Ángel. Teoría General de los contratos administrativos. Buenos Aires: Depalma, 1980.

Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo tomo I. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2006.

David, René. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

De la Cruz Ferrer, Juan. Apuntes de Derecho Público Económico, la intervención en la Economía y en la Empresa. Madrid: Dykinson 1992.

Dromi, Roberto. Empresas Públicas de Estatales a Privadas. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006.

Dromi, Roberto. Manual de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1987.

Escola, Héctor Jorge. El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo (México: Universidad Autónoma de México, 1987), 103.

Fernández de Córdova, Pedro. Estudios de Derecho Comparado. Cuenca: Pudeleco, 2002.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón, Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2007.

Ferrajoli, Luigi. Conferencia magistral Universidad Espíritu Santo, publicado en la revista "Podium" (No. 20, Dic. 2011) de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo de Guayaquil, contenido ha sido publicado originalmente por Diario EL COMERCIO en la siguiente dirección: <http://www.elcomercio.com/opinion/mejor-constitucion.html>. el 12 de enero de 2015 a las 20h51 pm.

Herrera Barbosa, Benjamín. Contratos Públicos. Colombia: ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2005.

Hernández Pinos, Diego. Director Nacional de Asesoría, Patrocinio y Coactivas de la Empresa Pública Correos del Ecuador, entrevistado por David Morales Palacios, estudiante UASB. Quito: Correos del Ecuador E.P, 22 de diciembre de 2015.

Huerta Ochoa, Carla. El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional. México: repositorio de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

Garfield, Paul. Public Utility Economics. New Jersey, Prentice-Hall, 1964.

García de Enterría, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Bogotá : Editorial Temis, 2011.

Girón Tena, Vid. citado por Alberto Alonso Ureba. La Empresa Pública, aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico. Madrid: Montecorvo S.A, 1985.

Grijalva, Agustín. Estado, Derecho y Economía. Quito: Corporación editora nacional Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.

Germán Coloma, Empresa pública, privatización, regulación y competencia: su papel en la provisión de servicios de infraestructura (Buenos Aires: Universidad Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina, 2004), 4.

Gómez, Carlos. Estudios sobre los contratos de adhesión a condiciones generales. Bogotá: Repositorio de la Universidad Javeriana, 1991.

Gordillo, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2006.

Guechua, Ciro Norberto. Contratos administrativo, control de legalidad de los actos precontractuales. Bogotá: ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2007.

Groves, Harold. Finanzas Públicas. México: F. Trillas S.A, 1965.

Gutiérrez, Gilberto. Marco Económico Constitucional ecuatoriano. Quito: repositorio de la Universidad San Francisco de Quito, 2009.

Guillien, Raymond y Vincente, Jean, Lexique de termes juridiques, Paris, Dlloz, 1978; citado por José Francisco Ruiz Massieu, la Empresa Pública un estudio de Derecho Sobre México. México Distrito Federal: ediciones del instituto nacional de Administración Pública, 1980.

Koontz, Harold, Weihrich Heinz y Cannice Mark, administración una perspectiva global y empresarial. México: McGrawHill, 2008.

Martínez Rangel, Rubí; y, Ernesto Soto Reyes Garmendia. El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina, Política y Cultura, primavera 2012, núm. 37.

Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1966.

Montaña Pinto, Juan; y, Pazmiño Freire, Patricio. Manual de Justicia Constitucional. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

Morales Tobar, Marco. Manual de Derecho Procesal Administrativo. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

Morales Palacios, David. Ejercicio de Derecho Comparado entre el Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador y el Sistema de Contratación de Los Estados Unidos de Norte América. Quito: repositorio de la Universidad de las Américas Lauréate Internacional University, 2011.

Muller, Luis Díaz. El Derecho Económico y la integración de América Latina, Bogotá: Temis, 1988; citado por Cesar Montaña Apuntes de Derecho Económico. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar revista foro, 2005.

Oliva, Blázquez Francisco, A vueltas con el Concepto de Empresa: La Empresa Comunitaria y la Empresa Pública. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2013.

Oliva Blázquez, Francisco. Derecho y Economía. Quito: Corporación editora nacional Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.

Olivan, Alejandro. Administración Pública con relación a España. Madrid: Civitas, 1843.

Ordoñez, Francisco. El Instituto Nacional de Industria en la economía y la sociedad españolas. Madrid, INI, 1974.

Pérez, Efraín. Derecho Administrativo tomo I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

Pérez, Efraín. Derecho Administrativo normativa Jurídica y Doctrina. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.

Prieto Sanchís Luis; y, Ferrajoli, Luigi. El neoconstitucionalismo principialista. Madrid: repositorio de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2011.

Ruiz Massieu, José Francisco. La Empresa Pública un estudio de Derecho Sobre México. México Distrito Federal: ediciones del instituto nacional de Administración Pública, 1980.

Ruiz, José Fernández. Disertación sobre el servicio público. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2010.

Sánchez Sáez, Antonio José, Servicio Público análisis y disertación. Madrid-España, Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, 2014.

Secretaria Nacional de Planificación, Empresas Públicas y Planificación, su rol en la transformación social y productiva. Quito: Senplades, 2013.

Soldevilla García, Emilio. La Gestión de la Empresa Pública. Madrid: Pirámide, S.A., 1978.

Sosa, Wagner. Organización y control del sector empresarial público en España. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971.

Twinnuing, William. “Diffusion of Law: A Global Perspective”, op. cit., pp. 20-21, y Generalizing about Law: The Case of Legal Transplants, Lecture IV, op. cit, o.20. en Daniel Bonilla, Teoría del derecho y trasplantes jurídicos (Colombia: Siglo del hombre editores, 2008), 17.

Ureba, Alberto Alonso. La Empresa Pública, aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico. Madrid: Montecorvo S.A, 1985.

Normativa

Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Empresas Públicas. Quito: Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Quito: Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008.

Ley Federal del Trabajo Mexicana, citado por José Francisco Ruiz Massieu, la Empresa Pública un estudio de Derecho Sobre México. México Distrito Federal: ediciones del instituto nacional de Administración Pública, 1980.

Reglamento General, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Quito: Decreto Ejecutivo 1700, publicado en el Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009.

Resolución No. INCOP No. 027-09. Quito: Instituto Nacional de Contratación Pública, 16 de junio de 2009.

Resolución No. CNTEP-GG-007-2011. Quito: Corporación Nacional de Telecomunicaciones, determinación de contrataciones bajo régimen especial de giro específico del negocio, 2011.

Servicio Nacional de Contratación Pública. Quito: oficio No. DE-7837-2010 de 11 de octubre de 2010, expedido para la aprobación de las contrataciones de giro específico de negocio de la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador E.P. RTVECUADOR.

Acuerdo Ministerial No. 392, SENPLADES. Quito: Registro Oficial Suplemento 95 de 2 de diciembre de 2010.

https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm, Organización Mundial del Comercio 2016, tomado el 26 de marzo de 2016.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH. En: http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/contratacion/c_consultiva/jurisprudencia/TJUE.pdf. Consulta 29 de mayo de 2016.

Entrevistas

Crespo, Gustavo. Asesor jurídico de la Gerencia Jurídica de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones del Ecuador, CNT E.P. Quito: Corporación Nacional de Telecomunicaciones del Ecuador, CNT E.P, entrevistado por David Morales el 9 de marzo de 2016.

Mayra Guerrón, Directora de Compras Públicas de la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador RTVECUADOR E.P. Quito: sede de la Empresa Pública RTVECUADOR E.P., Entrevista del 30 de septiembre de 2015.

Vinueza, Cristina. Especialista de asesoría jurídica zonal 2 del servicio de contratación pública SERCOP, consulta efectuada el 8 de abril de 2016.

Salgado Guerrón, Yolanda. Quito: sede de la Empresa Pública RTVECUADOR E.P., Entrevistada por David Morales el 30 de septiembre de 2015.

Villagómez, Marcos, analista jurídico de la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador RTVECUADOR E.P. Quito: sede de la Empresa Pública RTVECUADOR E.P., Entrevistado por David Morales el 1 de febrero de 2016.