

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho



Maestría en Derecho
Mención Contratación Pública y Modernización del Estado

**Los actos, hechos y contratos administrativos en las empresas públicas
ecuatorianas, en la construcción de obra pública e infraestructura y en su giro
ordinario del negocio**

Autor: Ricardo Quintana Ramírez

Director: Juan Carlos Benalcázar Guerrón

Quito, 2015

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 3.0 Ecuador		
	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Norman Ricardo Quintana Ramírez, autor de la tesis intitulada “Los actos, hechos y contratos administrativos en las empresas públicas ecuatorianas, en la construcción de obra pública e infraestructura y en su giro ordinario del negocio”, 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 magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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 formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

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

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

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

**MENCIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA
Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO**

**“Los Actos, Hechos y Contratos Administrativos en las Empresas Públicas
Ecuatorianas, en la Construcción de Obra Pública e Infraestructura y en su Giro
Ordinario del Negocio”**

**Autor: Dr. Ricardo Quintana Ramírez
Tutor: Juan Carlos Benalcázar Guerrón, Ph.D**

Quito, Octubre 2015

RESUMEN

La Constitución del Ecuador (2008) otorga al Estado la potestad de planificar el desarrollo del país y ejercer un rol protagónico como agente dinamizador de la economía. Uno de los instrumentos con los que cuenta el Estado para intervenir en la economía es la creación de empresas públicas como instrumentos de política.¹

Para lograr estos cometidos, el Estado tiene en sus manos –a través de estas personas jurídicas- la responsabilidad de ejercer como prestador de servicios públicos y ejecutor de obra pública. También está habilitado para intervenir en el *desarrollo de otras actividades económicas*, generalmente de tipo comercial, sobre las cuales la doctrina y academia ecuatoriana muy poco se han referido.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas prescribe cuál es la naturaleza jurídica de las empresas públicas, pero deja de ser tan explícita cuando se refiere a la determinación de los actos, hechos y contratos que aquellas expiden, ejecutan o celebran, cuando *no estén relacionados* con la construcción de obra pública e infraestructura. Estimamos que esta indeterminación, efectivamente, puede producir inseguridad jurídica o violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados.

El análisis al giro específico del negocio de las empresas públicas nos permite entender el régimen particular de los actos, hechos y contratos que se deriva de la actividad que realiza el Estado cuando asume el rol de proveedor de bienes y servicios de carácter comercial. Este análisis admite que existe una cierta *oscuridad* en la actual legislación sobre estos regímenes de contratación.

El estudio abordará una breve reseña histórica que distingue los diferentes tipos jurídicos que precedieron a las hoy denominadas *empresas públicas* (EP) en el Ecuador, procurando identificar los momentos político-económicos que dieron origen a dichas figuras jurídicas. Finalmente, examinaremos el régimen de solución de controversias aplicable, en el giro ordinario y específico del negocio de las EP, en consideración a que el administrado debe contar con las herramientas jurídicas que posibiliten hacer efectiva la garantía de sus derechos constitucionales, especialmente, los derechos a la seguridad jurídica, de impugnación y de la tutela judicial efectiva.

¹ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades), *Empresas Públicas y Planificación: Su rol en la transformación social y productiva*, (Quito: El Telégrafo, 2013), 33.

DEDICATORIA

A mis padres y hermanos, por su amor, ejemplo de sacrificio, humildad, solidaridad y honestidad.

A Marielisa y Martina Renata, a quienes entrego mi vida, esfuerzos y amor.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Andina Simón Bolívar, su personal directivo, administrativo y docentes.

Un agradecimiento especial al doctor Juan Carlos Benalcázar Guerrón, tutor de este trabajo, por su alta calidad humana, profesionalismo e incentivo a la investigación.

Tabla de contenido

Capítulo primero	10
1. La empresa pública en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	10
1.2. Antecedentes históricos	10
1.2. Definición de empresa pública.....	25
1.3. Régimen jurídico de la empresa pública	36
Capítulo segundo	40
2. Los actos, hechos y contratos en las empresas públicas	40
2.1. Giro específico del negocio y giro ordinario	40
2.2. Actos administrativos	45
2.2.1. Los actos administrativos consensuales	52
2.3. Hechos administrativos	56
2.4. Régimen de contratación	61
2.5. Facultad reglamentaria	74
Capítulo tercero	78
3. Régimen de solución de controversias.....	78
3.1. Legislación aplicable. Principio de tutela judicial efectiva y principio de seguridad jurídica	78
3.2. Reclamos y recursos administrativos	83
3.3. Procedimiento contencioso administrativo.....	90
3.4. Mecanismos alternativos de solución de conflictos	95
3.5. Comentarios generales en relación a la impugnación de los actos administrativos emanados de las EP	107
Conclusiones	113
Recomendaciones	117

Introducción

La reconstrucción del modelo estatal ecuatoriano, derivado de la expedición de la Constitución de la República del año 2008, requería de una legislación que otorgue mayor presencia del Estado en los sectores estratégicos, rescate y fortalezca a las empresas públicas existentes, ejerza la gestión soberana de los recursos no renovables y recupere la inversión pública y social.²

Así surge la Ley Orgánica de Empresas Públicas (marco legal exclusivo para empresas estatales, único en la región)³ que, por una parte, prescribe sin vacilaciones cuál es la naturaleza jurídica de esta figura; mientras que, por otra parte en su Disposición General Primera, deja de ser tan explícita cuando se refiere a la determinación de los actos, hechos y contratos que aquellas expiden, ejecutan o celebran, cuando no estén relacionados con la construcción de obra pública e infraestructura.

Esta oscuridad de nuestra legislación (que implica una falta de precisión del régimen jurídico de ciertos actos, hechos y contratos), podría provocar incertidumbre en la gestión de las empresas públicas, resultando el principal afectado el usuario o administrado.

De ahí que las preguntas centrales que guiarán nuestra investigación, son la siguientes: ¿Puede la indeterminación de la naturaleza jurídica de los actos, hechos y contratos que se originan en las Empresas Públicas, cuando estos no se vinculen a la construcción de obra pública e infraestructura, producir inseguridad jurídica o violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados? y ¿Cuál es el régimen jurídico al que pertenecen los actos, hechos y contratos que no provienen de la ejecución de obra pública e infraestructura?

Hemos considerado pertinente iniciar nuestra investigación con una reseña histórica que distinga los diferentes tipos jurídicos que precedieron a las hoy denominadas *empresas públicas (EP)* en el Ecuador y sus correspondientes momentos históricos, políticos y económicos, para así lograr entender de mejor manera el régimen jurídico que hoy en día se les otorga.

² *Ibíd.*, 33.

³ *Ibíd.*

Para alcanzar algunas clarificaciones respecto de la aparente oscuridad normativa también será necesario identificar el concepto jurídico de *giro específico del negocio* de las empresas públicas, su alcance y pertinencia, dado que éste no ha sido desarrollado en forma expresa en nuestro ordenamiento legal.

De igual manera, examinaremos si esta aparente ambigüedad requiere ser corregida debido a que podrían provocarse afectaciones a la seguridad jurídica. Por otro lado, sería oportuno aclarar si la intención del legislador ha sido determinar un régimen especial y diferente al administrativo para estos actos, hechos y contratos, requiriéndose de una precisión legal más clara en tal sentido.

Para lograr este objetivo, nos referiremos al régimen de contratación de las empresas públicas, enfatizando en las características que histórica y doctrinalmente se han otorgado a los contratos administrativos. Como complemento de aquello, también revisaremos otro tipo de convenciones que se originan por el objeto y fines que persiguen determinadas empresas del Estado y que no siguen el andarivel del Derecho Público.

En el capítulo final nos referiremos a los distintos mecanismos de solución de los conflictos que pueden surgir por efecto de la gestión de las empresas públicas en el ámbito del giro ordinario y del giro específico del negocio, siendo pertinente examinar el régimen de solución de controversias aplicable en consideración a la actividad y fines que aquellas persiguen en uno y otro caso.

Capítulo primero

1. La empresa pública en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

1.2. Antecedentes históricos

Las actividades de la Administración Pública, de acuerdo con el papel desarrollado históricamente por el Estado, han sido principalmente evidenciadas a través de la prestación de los servicios públicos, “para lo cual aquella ha debido valerse de determinadas instituciones especiales (incluso personas jurídicas de derecho privado) dotadas de personalidad jurídica, autonomía, descentralización administrativa y patrimonio propio.”⁴

Es así que “la gestión descentralizada de los servicios públicos en el Ecuador ha sido desarrollada históricamente por el Estado con el auxilio de distintos entes jurídicos dotados de competencias, atribuciones y facultades, tales como los municipios y consejos provinciales; los denominados ‘establecimientos públicos’ (universidades públicas, superintendencias); las personas jurídicas semipúblicas o personas jurídicas privadas con finalidad social o pública”⁵; principalmente.

Después de la II Guerra Mundial, los países de América Latina impulsaron una corriente de nacionalización de sectores considerados importantes a través de la creación de empresas estatales. El modelo a seguir fue el ejemplo europeo de nacionalizaciones del transporte ferroviario, gas, electricidad y más tarde las telecomunicaciones. Estas nacionalizaciones tuvieron motivaciones económicas, políticas y sociales. En el ámbito económico se estableció que las empresas nacionales podían disponer de un monopolio que permitiría reducir sus costos y tarifas.⁶

Para lograr un adecuado enfoque de nuestro tema de investigación hemos considerado importante realizar un análisis de las particularidades de las empresas de propiedad estatal en el Ecuador.

⁴ Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), 232.

⁵ *Ibíd.*, 236.

⁶ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades), *Empresas Públicas y Planificación: Su rol en la transformación social y productiva*, 25.

En el contexto actual y a raíz de la aprobación de la Constitución del República en el año 2008, de acuerdo al nuevo modelo de Estado, lo que se ha pretendido asegurar fundamentalmente es la intervención estatal en la prestación de los servicios públicos y en los sectores estratégicos, de forma desconcentrada y descentralizada, dejando un margen de actuación excepcional o muy limitado para la iniciativa privada y la economía popular y solidaria, a través de los distintos mecanismos legales de delegación.⁷

Entendemos que la finalidad del precepto constitucional consiste en la protección de los recursos no renovables y la racionalización de su explotación; así como en garantizar el acceso de la población a la provisión de los servicios públicos, bajo los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, bajo el velo estatal.

Adicionalmente, el Estado se ha reservado el derecho de participar en el desarrollo de “otras actividades económicas” que no están especificadas, identificadas ni delimitadas en la norma constitucional ni en la ley. Este trabajo, en gran medida, pretende abordar el análisis de estas actividades.

Las *empresas públicas* (“EP” para fines de este trabajo) se establecen como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica y administrativa; destinadas a la gestión de los sectores estratégicos, a la prestación de los servicios públicos, a la construcción de obra pública, al aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y al desarrollo de otras actividades económicas (no explicitadas en la ley). Figura que, en correspondencia con la concepción determinada en la norma constitucional y en la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) –probablemente por su reciente creación legislativa-⁸, no ha sido objeto de un estudio profundo por parte de la academia ecuatoriana.

⁷ El artículo 316 de la Constitución de la República, en relación a la participación de la iniciativa privada en los sectores estratégicos y en la prestación de servicios públicos, dispone lo siguiente: “Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.”

⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 48 (Quito, 16 de octubre de 2009).

De ahí que conviene analizar, en principio, cuáles son los antecedentes históricos normativos y prácticos vinculados a las empresas denominadas *estatales* que han tenido presencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a través del tiempo.

Como hemos dicho en un inicio, a lo largo de la historia republicana nos hemos encontrado con varios tipos de instituciones o entes que han tenido vinculación con el quehacer administrativo en materia de servicios públicos. Algunas de ellas han sido entidades públicas del Estado; otras, las personas jurídicas semipúblicas; y, también, las propias empresas estatales. A este grupo de personas jurídicas la doctrina actual las denomina, en forma general, “personas jurídicas de derecho público”.⁹

Concomitantemente, han tenido importante participación las personas jurídicas establecidas bajo figuras del derecho societario: empresas de economía mixta y sociedades anónimas, regidas por el derecho privado.

Podríamos entender que el proceso evolutivo de la *empresa estatal* ecuatoriana se debe, en cierta forma, a consideraciones en relación al modo de concebir el modelo de Estado; a las tendencias ideológicas de los gobernantes de turno; a intereses económicos que suelen ligarse al poder político; sin obviar, por supuesto, a que la principal obligación de quienes ejercen la Administración Pública es atender las necesidades poblacionales de acuerdo a cada momento histórico.

En la actualidad, en el Ecuador se ha rescatado a la planificación como una herramienta para evitar duplicar esfuerzos y el desperdicio de recursos.

[En la época del neoliberalismo] la planificación fue menospreciada y reducida a su mínima expresión. No lo hicieron solo por ideología, sino por intereses económicos, como en el caso de la privatización de empresas públicas, que más tarde llevó a la peor crisis que tuvo que vivir el país y que dejó huellas difíciles de borrar en la memoria de la ciudadanía.¹⁰

Mirando en retrospectiva, en la historia republicana ecuatoriana los servicios públicos no han estado afincados en un modelo en el que el Estado pueda ofertar bienes

⁹ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 63.

¹⁰ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades), *Plan Nacional de Desarrollo / Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 - 2017*, (Quito: Senplades, 2013), 14.

y servicios, a sus ciudadanos, a través de entes jurídicos que dispongan de un marco legal y de competencias claras, definidas, específicas y adecuadas.

Las empresas estatales se creaban generalmente a través de leyes específicas 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. Considerando que cada empresa era una ley, esto provocó que cada una de esas entidades sea una isla independiente respecto de la institucionalidad nacional (por sí ya debilitada y fraccionada) y que entidades con un giro comercial 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 alejados o ser contrarios a los intereses generales de desarrollo, generalmente bajo el amparo de la autonomía consagrada en esas mismas normas de creación de las empresas estatales.¹¹

Vale, entonces, realizar un recuento histórico sobre los antecedentes que precedieron al modelo de empresas públicas planteado por la actual Constitución.

Marcelo Jaramillo destaca que, con el fin de estimular la inversión, el Estado se encarga de desarrollar ciertos proyectos logísticos considerados como estratégicos, que tienen por finalidad crear las condiciones para que los inversionistas puedan desenvolver sus actividades con todas las garantías posibles. De ahí que, directamente o en sociedad con el capital privado, construye puertos, aeropuertos, carreteras, silos, centros de almacenamiento de productos, centrales de generación de energía eléctrica, canales de riego; es decir, obra pública necesaria para que la producción pueda circular a los mercados de consumo, nacionales o internacionales.¹²

Esta *intervención* del Estado en la economía aborda diferentes aspectos: desde la regulación de mercados, hasta implantación de políticas que promuevan y garanticen una libre y sana competencia (políticas fiscales, tributarias, presupuestarias, laborales,

¹¹ Sergio Ruiz, “El nuevo rol de las empresas públicas. En Construcción de un Estado democrático para el Buen Vivir: Análisis de las principales transformaciones del Estado ecuatoriano 2007 – 2012” (Quito, 2012), 2, citado por Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades), *Empresas Públicas y Planificación: Su rol en la transformación social y productiva*, (2013): 27.

¹² Fabián Marcelo Jaramillo Villa, “Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador (Un Estudio sobre las Empresas Públicas en el Ecuador)” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011), 15.

educativas, comerciales internas y externas, relaciones internacionales, fomento productivo, entre otras).¹³

Jaramillo señala que muchos autores han reflexionado sobre el papel intervencionista del Estado en la sociedad y que coinciden en señalar que el grado de intervención estatal aumenta a partir del establecimiento del *Estado de Bienestar*, que se profundiza después de la Segunda Guerra Mundial con el objeto de “humanizar el capitalismo”.¹⁴

A diferencia del Estado Liberal, en el cual la autoridad pública se encarga de proteger y respetar las libertades individuales y de garantizar el dominio y el disfrute patrimonial de los bienes privados; en el Estado de Bienestar el papel de la autoridad empieza a tomar un nuevo giro, su gestión se encamina principalmente a desarrollar políticas, planes y proyectos destinados a proteger a los grupos sociales en situación de pobreza (grupos vulnerables) [...]. Igualmente el nuevo Estado interviene con algunas medidas a fin de evitar las quiebras o los desequilibrios económicos de los inversionistas en algunos sectores; se encarga de fomentar el crecimiento y el desarrollo de ciertas actividades o ciertas áreas de la producción y la economía, y lo hace a través de estímulos tributarios, créditos, capacitación [...]. Finalmente ve la necesidad de iniciar programas de construcción de infraestructura que por un lado generen empleo e ingresos económicos a determinadas familias, y por otro habilite la infraestructura física necesaria para mejorar la comercialización de ciertos bienes destinados al intercambio comercial [...].¹⁵

Hay quienes señalan que el Estado de Bienestar, “por mucho tiempo y en buen número de estudios sobre la región, ha sido propuesto como institución exclusiva de los países desarrollados, quizá de sólo algunos países de Europa o, de modo aún más restrictivo, como creación de la socialdemocracia europea” y que no debiera ser ésta la comprensión del tema. Aducen que el reconocimiento de que el Estado de Bienestar se ha manifestado en *formas distintas* en los países avanzados no es nuevo. Una de estas formas puede ejemplificarse a través de la tipología *pionera* que fue elaborada por

¹³ *Ibíd.*, 21.

¹⁴ *Ibíd.*, 22.

¹⁵ *Ibíd.*, 25.

Richard Titmus (1958), acorde a las diferentes participaciones relativas del Estado, del mercado y de las familias en la previsión social.¹⁶

La tradición abierta por Titmus ha sido también el punto de partida de Esping-Andersen y su conocida tipología de los tres regímenes de bienestar característicos de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE):

a) El régimen liberal, que tiene por atributos principales el mercado como *locus* de la solidaridad; la base individual de la solidaridad y, en la composición de la previsión social, el predominio del mercado y los roles marginales de la familia y del Estado. En este tipo podría clasificarse a Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda y el Reino Unido.

b) El régimen conservador-corporativo fundado en la solidaridad familiar y que tiene como referencias el estatus, el corporativismo y el estatismo; su característica es la provisión social en la que la familia desempeña el papel central, frente al carácter marginal del mercado y la acción subsidiaria del Estado. Alemania, Italia, Francia y otros países de Europa continental ejemplificarían este régimen.

c) El régimen socialdemócrata, fundado en la solidaridad de base universal, que tiene en el Estado su *locus* principal, caracterizado por una composición de la previsión social, en la cual el Estado desempeña un papel central, frente a las posiciones marginales de la familia y del mercado. Aquí se clasifican Suecia, Dinamarca, Noruega y Finlandia (Esping-Andersen, 1990; 1999).¹⁷

El mentor original del postulado de Estado de Bienestar fue el economista británico John Maynard Keynes (1936) quien, frente a la aguda depresión económica de 1929, aconsejó dejar de lado el modelo liberal, a efectos de que el Estado no permanezca en el rol de garante externo, sino que gestionara por sí mismo aquello que el mercado no proveía: crédito, empleo e insumos estratégicos. El desarrollo de estas técnicas de intervención estatal en los ciclos de la economía “incidió en los ideólogos y creyentes del Estado de Bienestar. Así, este término, en el transcurrir de los años, tomó multivocidad ideológica, así como variadas y extrañas formas [como también lo afirman

¹⁶ Sonia Draibe y Manuel Riesco, “Estado de bienestar, desarrollo económico y ciudadanía: algunas lecciones de la literatura contemporánea”, *Serie Estudios y Perspectivas*, Sede Subregional de la CEPAL en México, Número 55 (México D.F.: Naciones Unidas, 2006), 15-6.

¹⁷ *Ibíd.*, 16.

Draibe y Riesco] y esto llega hasta nuestros días, donde esta calificación está por varias razones devaluada.”¹⁸

No nos es posible afirmar que la teoría del Estado de Bienestar haya sido objeto de trasplante en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, es evidente que las cartas constitucionales del Ecuador del siglo XX (a partir de 1929 y con mayor énfasis en 1945) reflejan determinadas previsiones y garantías que se relacionarían con varios de sus postulados.¹⁹

Según Efraín Pérez,²⁰ en 1946 y por efecto de las disposiciones integradas en la Constitución de 1945, se empezó a evidenciar una incipiente intervención estatal en la economía con la aparición de las primeras empresas estatales, generalmente, con enfoque en los servicios públicos. Así tenemos a la Empresa de Ferrocarriles (producto de la nacionalización de la operadora “The Guayaquil and Quito Railway Company”) y, por otro lado, la Empresa de Abonos, establecida ésta última con un enfoque de lucro.

En este interludio se crearon empresas con personalidad jurídica de derecho público, tales como la Empresa de Teléfonos de Quito;²¹ Empresa de Teléfonos de Guayaquil;²² Empresa de Radio, Telégrafos y Teléfonos del Estado;²³ Empresa de Correos Nacionales;²⁴ para citar algunos ejemplos de empresas pertenecientes al Estado, cuyo origen y competencias respondían a las iniciativas del Ejecutivo, más que a un marco jurídico adecuadamente estructurado.

¹⁸ Fátima Elva Tardío Quiroga, “El Estado Boliviano como Estado Social de Derecho” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006), 24.

¹⁹ Así lo determina Marcelo Jaramillo, cuando reproduce las disposiciones de la Constitución ecuatoriana de 1945 “que garantiza el derecho de propiedad, con las limitaciones que exijan las necesidades sociales, de acuerdo con la ley. Prohibió toda confiscación, y determinó que el régimen económico debía responder a los principios de justicia social y tender a liberar de la miseria a todos los ecuatorianos, proporcionándoles una existencia digna. [...] [L]a propiedad crea obligaciones sociales y que en consecuencia, la utilización de la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, debía estar subordinada a los intereses de la colectividad. Taxativamente en esta Constitución se definió al Estado como ente regulador de las actividades de la vida económica nacional, con la finalidad de obtener ‘el máximo aprovechamiento de la riqueza y la distribución más justa de ella’. [...] La Constitución de 1945 estableció que el Estado, cuando lo exigieren los intereses económicos del país, podía nacionalizar, previa expropiación legal, a las empresas privadas que prestaban servicios públicos y posteriormente reglamentar su administración.” Jaramillo Villa, “Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador”, 28-30.

²⁰ Pérez, *Derecho Administrativo*, 64.

²¹ Ecuador, Decreto Legislativo No. 0, en Registro Oficial, No. 101 (Quito, 04 de enero de 1949).

²² Ecuador, Decreto Ejecutivo No. 13, en Registro Oficial No. 242 (Quito, 18 de junio de 1953).

²³ Ecuador, Decreto Ejecutivo No. 25, en Registro Oficial No. 564 (Quito, 15 de julio de 1958).

²⁴ Ecuador, Decreto Supremo No. 1415, en Registro Oficial No. 320 (Quito, 29 de septiembre de 1971).

Concomitantemente, entre 1930 y 1970, la mayoría de países de América Latina crecieron a tasas extraordinariamente elevadas. La coyuntura fue aprovechada para formular estrategias nacionales de desarrollo que implicaban tanto la protección de la industria nacional naciente y la promoción del ahorro forzado a través del Estado, como una alianza entre empresarios industriales, burocracia y trabajadores. El nombre que se le dio a esta estrategia fue *desarrollismo* o *nacionaldesarrollismo*. Con este nombre se quería resaltar que el objetivo fundamental de la política económica era promover el *desarrollo económico* y que para ello era necesario que la nación –los empresarios, la burocracia del Estado, las clases medias y los trabajadores– definiesen los medios que iban a utilizar en el marco del sistema capitalista.²⁵

Su principal instrumento de acción colectiva era el Estado. Los economistas latinoamericanos que, junto con un notable grupo de economistas internacionales, participaron en la formulación de la *teoría económica del desarrollo* (*development economics*) conjugaban tres corrientes teóricas: las teorías clásicas de Adam Smith y Karl Marx, la macroeconomía keynesiana y la teoría estructural latinoamericana.²⁶

A nuestro modo de ver, la diferencia de la teoría del Estado del Bienestar frente al modelo de desarrollismo es que este último tuvo un enfoque mucho más arraigado en los factores económicos de los países, restándole importancia al componente social.

Luiz Bresser-Pereira, economista de origen brasilero, relievra que el “desarrollismo no fue una teoría económica, sino una estrategia nacional de desarrollo. Basándose en las teorías económicas disponibles, buscaba formular la estrategia que le permitiera a cada país de la periferia capitalista alcanzar gradualmente el nivel de desarrollo de las naciones centrales. Se basaba en el mercado, porque no hay teoría económica que no parta del mercado, pero le atribuía al Estado un papel central.”²⁷

En la década de los setenta, el Ecuador empezó a desarrollar actividades empresariales, con la finalidad de sustituir importaciones y reducir la dependencia externa en el abastecimiento de productos para los mercados nacionales (en gran medida apalancado por los recursos provenientes de la explotación petrolera). El modelo también fue impulsado por la Comisión Económica para América Latina

²⁵ Luiz Carlos Bresser-Pereira, “Estado y mercado en el nuevo desarrollismo”, *Nueva Sociedad*, Número 201 (Caracas: 2007), 111-2.

²⁶ *Ibíd.*, 112.

²⁷ *Ibíd.*, 112.

(CEPAL) y pretendía establecer un mecanismo de administración estatal que impulse y promueva la industrialización y modernización de la producción, manteniendo un equilibrio en la balanza de pagos.²⁸

En este período aparecieron varias personas jurídicas de derecho público que pretendían tener la calidad de *empresas*. Si bien sus funciones y objeto se encontraban previstas en la legislación primaria y secundaria de la época, no podían considerarse como verdaderas productoras de bienes y servicios. A modo de ejemplo podemos mencionar la Empresa de Suministros del Estado, que estaba encargada de dotar de bienes y materiales a las entidades gubernamentales; es decir, el beneficiario final no era el usuario/ciudadano.

La actividad empresarial estatal se profundiza en la dictadura militar encabezada por los gobiernos militares de tinte nacionalistas. En este periodo se crean nuevas empresas públicas, tales como: ENPROVIT, ENAC, ASTINAVE, TRANSAVE, CEPE, TAME, EPNA, ENTID, ENDES, SNALME.²⁹ Algunas dependencias ministeriales pasaron a constituirse en entidades con personalidad de derecho público, tal es el caso del Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones (IETEL), el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (INECEL), la Flota Petrolera Ecuatoriana (FLOPEC), dedicada esta última al transporte marítimo de hidrocarburos.³⁰

Posteriormente, en esa misma década, con el inicio de la explotación petrolera a gran escala y gracias a los ingentes recursos derivados de ella, el Estado se volcó a la creación de empresas vinculadas al desarrollo de grandes proyectos hidrocarburíferos y del despliegue de redes para los servicios de electricidad y telecomunicaciones. Entre estos proyectos se destacan la construcción del Oleoducto Transecuatoriano (SOTE), la Refinería Estatal de Esmeraldas, así como la construcción y operación de las Centrales Hidroeléctricas Paute y Agoyán, lideradas por el ex INECEL.³¹

Los subsidios para el consumo de bienes y servicios, en especial los proporcionados por medio de las empresas estatales, también sirvieron para contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo del sucre y constituyeron un sacrificio

²⁸ Jaramillo Villa, “Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador”, (2011), 32.

²⁹ *Ibíd.*, 31.

³⁰ Pérez, *Derecho Administrativo*, 64.

³¹ Jaramillo Villa, “Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador” (2011), 32.

tributario más significativo que los incentivos para la producción. Gracias a las transferencias de petróleo realizadas desde la CEPE, las tarifas de los servicios de energía eléctrica de INECEL eran inferiores a los costos de producción.³²

Estos pocos ejemplos reflejan algunos importantes esfuerzos que se plantearon durante este periodo, a través de la intervención del Estado en la actividad económica e industrial, para de esta forma lograr los objetivos de desarrollo del Ecuador.

No obstante, en palabras de Bresser-Pereira, las teorías de desarrollismo mal podrían haber tenido una aplicación efectiva en los países con una incipiente economía (como la ecuatoriana), no porque estos países no hayan requerido de una estrategia nacional de desarrollo, sino porque debían enfocar sus esfuerzos en obtener una acumulación primitiva y revolucionar el componente industrial y, por lo tanto, enfrentarían desafíos diferentes, que implicaba estrategias distintas a países con un mayor desarrollo, como Brasil o Argentina.³³

Posteriormente, en el año de 1976 se marcó el inicio de una nueva etapa de política económica. En el sector petrolero se facilitó una creciente dependencia de las empresas extranjeras. Se descuidaron los resultados de la cuenta de capitales y comenzó a cuestionarse la pertinencia de la intervención del Estado en la economía. Se abogaba por la superioridad del mercado como entidad privilegiada para comandar el crecimiento económico y los empresarios presionaron al gobierno para que dejara de canalizar hacia la economía productiva los excedentes del petróleo por medio de las empresas públicas, para hacerlo por medio del sector privado.³⁴

La presión empresarial logró el restablecimiento de la representación corporativa de terratenientes, industriales, comerciantes y banqueros en la Junta Nacional de Planificación, Junta Monetaria, Banco Nacional de Fomento y Corporación Financiera Nacional. Esto tuvo dos consecuencias: supeditó la acción de la tecnocracia desarrollista a las necesidades privadas de acumulación y facilitó los canales de transferencia de la

³² Julio Oleas Montalvo, "Ecuador 1972-1999: Del desarrollismo petrolero al ajuste neoliberal" (tesis de doctorado, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013), 62.

³³ Bresser-Pereira, "Estado y mercado en el nuevo desarrollismo", 114.

³⁴ Oleas Montalvo, "Ecuador 1972-1999: Del desarrollismo petrolero al ajuste neoliberal", 58.

renta petrolera en beneficio de los grupos empresariales representados en esas entidades públicas.³⁵

En la década de los ochenta, con el regreso a la democracia y el final del *boom petrolero*, nuestro país pasó a estar dirigido por tres gobiernos (Hurtado, Febres Cordero y Borja) que gestionaron la economía ecuatoriana durante un período de recesión mundial, catástrofes naturales, inflación y restricciones a la inversión.

Durante el mandato de León Febres Cordero, entre 1984 y 1988, se estableció la política económica del *ajuste*, consistente en un conjunto de reformas económicas concebidas por un grupo de economistas neoliberales apoyados por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el gobierno norteamericano. Propusieron la *economía social de mercado* como solución al *desastre nacional* provocado por el gobierno anterior de Oswaldo Hurtado. Febres Cordero ofreció reducir la intervención estatal en la economía, estimular la empresa privada y promover el libre juego de las fuerzas del mercado. Reformuló el proyecto oligárquico de modernización bloqueando el modelo desarrollista de Estado y para ello emparentó su propuesta con las visiones neoliberales que se pusieron de moda en los años ochenta.³⁶

En el gobierno de Febres Cordero se privatizó y desmanteló la ENAC (Empresa Nacional de Comercialización) y se creó la empresa mixta Almacenera Almacopio S. A. (con la participación accionaria de la propia ENAC y de otras entidades públicas). Esta privatización no se realizó para desregular la economía y promover la acción de mercados competitivos. De acuerdo con Julio Oleas Montalvo, lo que esta reforma logró fue un mayor grado de subordinación de los pequeños agricultores a poderosos intermediarios. “El letargo en el que se dejó caer a otras entidades –EMSEMILLAS, FERTISA e INIAP– tuvo efectos graves para la productividad del sector y promovió la concentración de la producción agrícola debido a que se privó a los pequeños agricultores del apoyo del Estado para adquirir semillas mejoradas, fertilizantes y nuevas técnicas de cultivo, a las que sí podían acceder los empresarios agrícolas en los mercados de importación de esos insumos.”³⁷

³⁵ Arnaldo Bocco, *Auge petrolero, modernización y subdesarrollo. El Ecuador de los años setenta* (Quito: Corporación Editora Nacional, 1987), 34-5.

³⁶ Oleas Montalvo, “Ecuador 1972-1999: Del desarrollismo petrolero al ajuste neoliberal”, 115-7.

³⁷ *Ibíd.*, 129.

En general y como lo manifestáramos anteriormente, este período presidencial estuvo fundado en las teorías del neoliberalismo, que planteaban que el avance del *libre mercado* debe producirse en forma simultánea con la reducción del tamaño del Estado y de su capacidad de intervención en la economía.

No es de extrañarse que a raíz de este esquema político y económico se haya producido el menoscabo de varias empresas estatales.

Entre ellas, las dedicadas a la prestación de los servicios públicos de electricidad y telecomunicaciones, especialmente, que no lograron alcanzar sus objetivos de rentabilidad y eficiencia, sino al contrario, se volvieron una carga pesada para el Estado y le produjeron pérdidas económicas irrecuperables hasta el día de hoy.³⁸

Debido al estancamiento y deficiencias en la prestación de los servicios públicos, así como por las pérdidas que dejaron muchas de las empresas estatales durante la década de los ochenta, a mediados de los años noventa se dictó la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (“Ley de Modernización del Estado”)³⁹, con la finalidad de regular la racionalización y eficiencia administrativa; la descentralización, la desconcentración y la simplificación; la prestación de servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa privada mediante la desmonopolización, la libre competencia y la delegación de los servicios; y, por último, la enajenación de la participación del Estado en las empresas estatales.

La promulgación de la Ley de Modernización [...] marcó el inicio de un intenso y corto periodo de reingeniería del sector público que incluyó la venta de empresas del Estado, reducción de la burocracia y descentralización de los procesos administrativos del gobierno central. El propósito final era concretar el cambio de modo de regulación requerido por el régimen de acumulación flexible implantado en forma progresiva en la periferia del capitalismo mundial desde los años iniciales de la década de los ochenta.

El redimensionamiento del sector público se asumió como si fuese un proyecto de reingeniería social. Esto polarizó a la sociedad y los movimientos sociales presentaron una fuerte oposición. Los partidos populistas y de derecha, que hasta

³⁸ Pérez, *Derecho Administrativo*, 68.

³⁹ Ecuador, *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*, en Registro Oficial, No. 349 (31 de diciembre de 1993).

entonces habían aupado el ajuste, recelaron del proceso, por las sospechas de corrupción. Entre 1993 y 1995 se privatizaron nueve empresas públicas, a cambio de 169,4 millones de dólares. Una vez caído Dahik, fracasaron todos los intentos por privatizar las empresas telefónicas y generadoras y distribuidoras de energía eléctrica.⁴⁰

Luego de este periodo de descalabro político, en 1995 se expidió la Ley de Creación del Fondo de Solidaridad⁴¹, cuyo objetivo *era garantizar el buen uso y destino de los recursos provenientes de empresas estatales o concesiones de servicios públicos*. La Constitución Política de 1998 reafirmó dicho rol y estableció que “este sería un organismo autónomo destinado a combatir la pobreza y a eliminar la indigencia. Su capital podía emplearse en inversiones seguras y rentables, pero bajo ningún concepto podía gastarse en la adquisición de títulos emitidos por el gobierno central u organismos públicos”.⁴² Tampoco estaba permitido reinvertir en la capitalización de las empresas de propiedad del Fondo de Solidaridad (eléctricas y telefónicas), casi condenándolas a su desaparición.

Es así que la Ley de Modernización, la Ley de Creación del Fondo de Solidaridad, la Ley del Régimen del Sector Eléctrico y la Ley de Hidrocarburos marcaron el sendero para la privatización de las empresas estatales.⁴³

La crisis devenida en los años siguientes, especialmente con la caída del gobierno de Abdalá Bucaram, así como por el agotamiento de las instituciones sociales, se trataron de contrarrestar con la Constitución de 1998. Muchas de las tesis propugnadas por el *Consenso de Washington* fueron incluidas en esta nueva carta política que, para evitar el escrutinio ciudadano, fue procesada como una reforma a la Constitución de 1978. Esta reforma no incorporó las recomendaciones neoliberales relativas a priorización del gasto público, a la ampliación de la base impositiva, a regulaciones “que se justifican” como “la supervisión de las normas de prudencia de las instituciones financieras” y a derechos de propiedad. Julio Oleas Montalvo denomina a

⁴⁰ Oleas Montalvo, “Ecuador 1972-1999: Del desarrollismo petrolero al ajuste neoliberal”, 115-7.

⁴¹ Ecuador, *Ley de Creación del Fondo de Solidaridad*, en Registro Oficial, No. 661 (24 de marzo de 1995).

⁴² Jaramillo Villa, “Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador” (2011), 52-6.

⁴³ *Ibíd.*, 42.

este esquema de políticas (debido a estas omisiones) como el *neoliberalismo criollo*, instaurado por las clases dominantes a lo largo de este periodo.⁴⁴

La política económica del neoliberalismo criollo profundizó la inequidad, la pobreza y desempleo, en especial en los años finales del siglo XX. Esto fue una consecuencia de las recurrentes crisis de insostenibilidad, de la apertura comercial y de la captura de las instituciones públicas por parte del sistema financiero privado.⁴⁵

Desde 1998 y hasta el 2006 los gobiernos de turno propusieron llevar a la práctica los lineamientos del *Consenso de Washington*⁴⁶ con respecto al esquema de prestación de los servicios públicos.

Varias fueron las causas que estimularon esta opción: las empresas estatales ineficientes; sindicatos inescrupulosos; administraciones sin un mayor conocimiento sobre la gerencia de empresas; cargos gerenciales administrados bajo criterios clientelares, políticos y partidistas, entre otros. Estos fueron los motivos que alimentaron la idea de transferir o trasladar al sector privado la prestación de ciertos servicios públicos y la explotación de algunas áreas económicas, consideradas anteriormente como exclusivas o reservadas para el sector estatal.⁴⁷

La falta de recursos fiscales constituyó un elemento que impidió mantener empresas estatales que habían generado pérdidas o que su actividad no generaba mayores utilidades. Para capitalizar estas empresas y procurar mejorar sus niveles de producción, varias de ellas se transformaron en sociedades anónimas. En algunos casos se ofertó públicamente su capital accionario con el objeto de atraer a la inversión privada y para facilitar el acceso de inversionistas se implementaron varias políticas en beneficio de dicho sector como, por ejemplo, la flexibilización laboral.⁴⁸

⁴⁴ Oleas Montalvo, "Ecuador 1972-1999: Del desarrollismo petrolero al ajuste neoliberal", 394.

⁴⁵ *Ibíd.*, 397.

⁴⁶ Luiz Bresser-Pereira prefiere denominar a las políticas del Consenso de Washington como *ortodoxia convencional*, "no solo porque es una expresión más general, sino también porque si algún consenso existía en los 90, éste desapareció en 2000. Lo central, en todo caso, es que la estrategia nacional de desarrollo entró en crisis y fue sustituida por una estrategia impuesta a los países de la periferia por los países desarrollados. Veinte años después vemos su fracaso." Bresser-Pereira, "Estado y mercado en el nuevo desarrollismo", 112.

⁴⁷ Jaramillo Villa, "Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador" (2011), 46-7.

⁴⁸ *Ibíd.*, 48

La implementación del modelo de estructuración jurídica de las empresas estatales, con base en el Derecho Privado, provocó una ausencia de uniformidad en los criterios de gestión de dichos entes, facilitando que las sociedades anónimas se convirtieran en herramientas de fuga para la aplicación de las normas de Derecho Público, viéndose avocadas –en lo posterior- a la aplicación regulaciones mixtas (del sector privado y del sector público), volviendo intratable su gestión.⁴⁹

A partir del año 2008 se expide la actual Constitución de la República que, a criterio de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo “forma parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano que se inicia con las Constituciones de Colombia, Venezuela y Bolivia, y que surge como respuesta a la necesidad de garantizar los derechos de las personas frente a poderes públicos o privados que en la época contemporánea se han vuelto homogeneizadores y que responden a una lógica liberal-burguesa de poder.”⁵⁰

Esta Constitución plantea que el Socialismo del Buen Vivir “[o]frece alternativas para construir una sociedad más justa, en la que el centro de la acción pública sea el ser humano y la vida. Supera los límites de las visiones convencionales de desarrollo que lo conciben como un proceso lineal, de etapas históricas sucesivas, que reducen el concepto a una noción exclusiva de crecimiento económico.”⁵¹

Es evidente que esta concepción del órgano de planificación se aleja de la doctrina del desarrollismo (conforme a la concepción que explicara Luiz Bresser-Pereira en páginas anteriores) y a la propia declaración de la SENPLADES. Sin embargo, en nuestra opinión, se acerca un poco más a los postulados del Estado de Bienestar (al menos en materia económica, con referencia a la Constitución de 1945), con las particularidades propias de la actual carta constitucional en cuanto al énfasis que realiza respecto del desarrollo y garantía de ciertos derechos.

La actual Constitución de la República planteó un desafío para las autoridades en cuanto al alineamiento de las empresas del Estado con las entidades rectoras y la implementación de los roles de cada entidad pública. Este supuesto requería abandonar el sistema de gestión de los emprendimientos públicos a base de las tres formas

⁴⁹ Sergio Ruiz, “El nuevo rol de las empresas públicas”, 240.

⁵⁰ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades), *Plan Nacional de Desarrollo / Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 - 2017*, 32.

⁵¹ *Ibíd.*, 22-4.

jurídicas hasta ese momento existentes: (i) las empresas estatales; (ii) las entidades de derecho privado (sociedades anónimas, fundaciones y corporaciones) con participación mayoritaria de propiedad del Estado (gobierno central o gobiernos autónomos descentralizados); y, (iii) las empresas de economía mixta. Este sistema implica una gestión pública que rinda cuentas, no solo de los resultados financieros del giro del negocio, sino del cumplimiento de la planificación nacional y de las funciones de rectoría y políticas, regulación y control y prestación de servicios.⁵²

Finalmente, en el año 2009 se promulga la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁵³ que constituye un cuerpo normativo único y específico, aplicable a las empresas estatales de los diferentes niveles de gobierno (incluidas las creadas por las universidades estatales) y que tiene por finalidad regular la actividad de estas personas jurídicas respecto de la gestión de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas por parte del Estado.

En el entendido que la prestación de servicios públicos y la gestión de obra pública son las actividades que históricamente han sido asumidas por las empresas y entidades estatales en el Ecuador, este estudio procurará distinguir la motivación del Estado (bajo el actual esquema constitucional y legal) para inmiscuirse –como un agente económico del mercado- en el desarrollo de actividades de carácter comercial.

1.2. Definición de empresa pública

La doctrina latinoamericana no ha generado una definición *estándar* respecto de lo que debe entenderse por *empresa pública*. Este hecho podría deberse a las diversas formas jurídicas que las empresas estatales han tomado en cada una de las legislaciones; situación a la que tampoco escapa el Ecuador.

La ausencia de consenso podría también ser el resultado de una decisión deliberada, en virtud de que la mayoría de los sistemas de gobierno latinoamericanos han optado por otorgar un papel secundario y sin mayor relevancia al Estado, en relación a su la real capacidad de generar emprendimientos (como uno de sus roles

⁵² Sergio Ruiz, “El nuevo rol de las empresas públicas”, 238-9.

⁵³ Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, en Registro Oficial Suplemento, No. 48 (16 de octubre de 2009).

intrínsecos); lo que en varios países es considerado como un papel exclusivo de la iniciativa privada.

Sin perjuicio de estos antecedentes, procuraremos aproximar a los lectores a una definición de lo que constituyen las empresas públicas; basados, principalmente, en algunos conceptos doctrinarios de orden general y legislación comparada, que complementaremos con una desagregación de los textos previstos en la normativa legal y constitucional local.

Para Fabián Jaramillo⁵⁴, antes de definir lo que es una empresa pública, se debe partir del concepto general de lo que es la propia empresa: una unidad económica productiva, constituida sobre la base del capital y del trabajo y que con el apoyo de la técnica, la tecnología y los instrumentos logísticos necesarios, tiene por objeto producir bienes o servicios.

Según María Freier⁵⁵, la empresa está conformada por uno o varios individuos “que unen sus esfuerzos para alcanzar un beneficio económico [...] La empresa, además de articular tecnologías, capitales intangibles y relación con los mercados, es fundamentalmente una asociación de personas, con distintos matices culturales y psicológicos, por lo tanto no es por completo racional económicamente. En su interior se produce una acumulación de patrimonio, conocimiento, cultura, valores profesionales y morales, que tienen como protagonistas a todas las personas que la integran.”

En primera instancia, el proceso productivo que gira alrededor de la empresa está destinado a alcanzar una utilidad o renta económica en beneficio de quienes han desarrollado el emprendimiento. Sin embargo, esta actividad puede, también de manera colateral, generar una rentabilidad social: creación de fuentes de empleo; desarrollo de la inventiva y de la tecnología, destinadas a generar condiciones de bienestar para la humanidad.

Este segundo fin de la empresa nos proporciona algunos elementos que, bien podríamos decir, coinciden con algunos de los cometidos de la Administración Pública: la producción de bienes y servicios en beneficio de la colectividad, que constituye uno de los fines esenciales del Estado.

⁵⁴ Jaramillo Villa, “Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador”, (2011): 65.

⁵⁵ María Freier, *Garantizar Noticias*, No. 24, octubre – noviembre, 2004, citado por Carlos Cleri, “El Libro de las Pymes”, (Granica S.A., Buenos Aires: 2007), 33-4.

Sin embargo, la finalidad del ejercicio empresarial como actividad privada a través de la historia ha consistido en alcanzar la maximización de la utilidad y la rentabilidad económica, en beneficio de quienes ostentan el capital y los medios de producción. De ahí que este interés particular, sin dejar de ser legítimo y justo, en determinadas circunstancias y bajo ciertos parámetros, puede verse confrontado con el interés público que corresponde proteger al Estado cuando del desarrollo de las actividades productivas se trata: regulación de la explotación irracional de recursos; tutela de los derechos laborales y sociales de los trabajadores; preservación del medioambiente; ejercicio de la responsabilidad social; incremento y progresiva carga tributaria para financiar obras y servicios públicos.

En este punto del análisis, estimo apropiado citar algunos ejemplos de los propósitos prácticos que el profesor Roberto Tafani⁵⁶ considera el Estado estaría persiguiendo al crear empresas públicas:

- Las empresas públicas operan cuando el financiamiento de la producción no puede ser provisto a través del pago voluntario de un precio por parte de los usuarios, dados los elevados costos de aplicar el principio de exclusión. En este caso el Estado debe proveer a la producción de los bienes públicos.
- Las fallas del mercado son otra instancia que provoca la intervención estatal. En el sector de la salud, por ejemplo, hay gran presencia de incertidumbre sobre los diagnósticos y tratamientos efectivos. Este es un mercado muy sensible, en el cual existe información asimétrica, manejada a voluntad de grandes multinacionales.
- En otros casos, hay restricciones a la inversión privada cuando, por razones de aislamiento de las comunidades, se vuelve inviable económicamente la operación de empresas privadas. A diferencia de éstas, las empresas públicas tienen como misión garantizar la provisión de bienes y servicios a la comunidad, de manera continua, sin que su finalidad esencial esté en la obtención de una renta o utilidad. Para ello deben actuar o intervenir en áreas o zonas geográficas que, por su distancia o por su baja rentabilidad económica, no despiertan el suficiente interés económico del sector

⁵⁶ Roberto Tafani, “Desafíos de la Gestión Pública en América Latina” (ponencia, Seminario Internacional sobre el Rol de las Empresas Públicas en el Ecuador, Quito, Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina, 2010), 3-4.

privado (Ej.: La provisión del servicio telefónico o de internet en las poblaciones rurales; los sistemas de distribución de energía eléctrica a estas zonas; o, la entrega de correspondencia).

- No menos importante para la intervención del Estado resulta ser la necesidad de generar empleo y redistribuir el ingreso. En este caso, los precios de los servicios o bienes generados en las empresas públicas se fijan de acuerdo a reglas de maximización del bienestar, que suelen estar afectadas por problemas distributivos que requieren tarifas sociales (precios incluso inferiores al costo marginal).
- Por último, simplemente, las empresas públicas existen por razones estratégicas.

Es en virtud de estos hechos y de la propia intervención del Estado en la economía y en aspectos de la actividad privada (en mayor o menor grado de complementariedad, dependiendo de cada sistema), que aparece el concepto de empresa estatal, como la actividad empresarial del Estado, que se ha desarrollado adoptando distintas formas jurídicas, como lo señalan Ximena Pinto y Pablo Zak⁵⁷: empresas adscritas al Estado, entes y servicios descentralizados industriales y comerciales, empresas nacionalizadas, sociedades de economía mixta de Derecho Privado; formas que siguen una noción amplia de *empresa pública*.

De lo expresado, cabe resaltar que la doctrina ha hecho varios esfuerzos para lograr estandarizar el concepto de *empresa pública*. Existen varias coincidencias, divergencias y tesis intermedias, que nos dirigen tanto a una noción amplia como a la noción restringida (en menor grado) que este concepto jurídico nos ofrece.

Precisamente, la noción amplia del concepto *empresa pública* o *empresa estatal* ha dado lugar a varias interpretaciones sobre su naturaleza jurídica y, por ende, ha impedido que la doctrina y los propios legisladores logren consensuar una definición única en el Derecho formal, con la que podría establecerse de forma inequívoca su régimen jurídico, alcance y fines.⁵⁸

⁵⁷ Ximena Pinto Nerón y Pablo Zak Godoy, *Defensa de la Competencia y Empresas Públicas*, Montevideo (Montevideo, Universidad de Montevideo, 2008), 3.

⁵⁸ A modo de ejemplo podemos citar lo que Ximena Pinto y Pablo Zak relatan en torno al régimen de empresas públicas en la legislación uruguaya: “Recientemente, en el Art. 226 de la Ley N° 18.172 (*Ley de rendición de cuentas*), se ha realizado la siguiente clasificación: *empresas de derecho público* y *las sociedades comerciales con 100 % de capital público*. Aquí la normativa no refiere a *empresas públicas*, sino a *empresas de derecho público*, quedando sin solucionar el problema –dado que no surge de la letra

Dentro de la concepción amplia, Miguel Marienhoff manifiesta que la *empresa del Estado* es toda persona jurídica, pública o privada, creada por el Estado, que realiza habitualmente actividades comerciales o industriales o que tiene a su cargo la prestación de servicios públicos de dicha índole. La considera como un medio instrumental del Estado en razón de que, si bien los beneficios que aquel obtiene de la gestión de sus empresas no responden a un exclusivo fin de lucro, como ocurre con la actividad de los particulares o administrados, la empresa del Estado no está propiamente en ejercicio de una *función estatal*, siendo el factor que –a su criterio- debe considerarse para distinguirlas de las denominadas “entidades autárquicas”⁵⁹ o “entes autónomos”.⁶⁰

Roberto Dromi,⁶¹ respecto del uso común que se hace de los términos *empresas del Estado* y *empresas del sector público de la economía*, prefiere dividir el enfoque conceptual, primeramente, en razón del *sujeto*: si la empresa pública pertenece exclusivamente al Estado (concepto limitado) o si también se refiere a las sociedades mixtas o privadas administradas o sujetas al control estatal (concepto amplio); y, en segundo lugar, de acuerdo a la *actividad u objeto*: si la empresa tiene fines de servicio público o si únicamente persigue un fin económico (o de lucro).

El enfoque del tema por parte de Dromi, donde coexisten empresas del Estado, empresas mixtas, sociedades estatales, empresas privadas controladas y administradas por el Estado (manteniendo el concepto amplio), le permitió asegurar que existe un régimen jurídico mixto, semiadministrativo, regido tanto por el derecho público como por el derecho privado, según la naturaleza de los actos de la empresa estatal.

ni del contexto de la ley- consistente en si el concepto de empresas públicas abarca a ambas figuras. Si bien de la mayoría de la legislación reseñada parecen surgir como sinónimos empresas públicas y, Entes y Servicios descentralizados industriales y comerciales, la ausencia de un criterio definitivo estructurado legalmente no permite concluir – en base a dicha normativa – que la empresa pública refiere sólo a la mencionada actividad estatal.” En Defensa de la Competencia y Empresas Públicas, 5-6.

⁵⁹ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, *Administración Pública. Derecho administrativo. Estado y Administración Pública. Organización administrativa*. (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966), 191.

⁶⁰ Para el Dr. Enrique Sayagués Laso, el concepto de entes autónomos es adecuado también para definir a las entidades autárquicas, en tanto las personas públicas descentralizadas, con amplia capacidad de administración propia, reciben distintos nombres según los países: entes autónomos, entes autárquicos, establecimientos públicos, establecimientos fiscales o semifiscales, etcétera. Enrique Sayagués Laso, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo X (Buenos Aires: Omeba, 2000), 389.

⁶¹ Roberto Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000), 470.

Siguiendo la línea del concepto amplio de “empresa pública”, David Blanquer⁶² nos muestra un régimen jurídico mixto, en tanto él considera que las entidades empresariales o empresas públicas son un híbrido entre una sociedad mercantil (por el hecho de competir en el mercado) y un ente autónomo (ya que goza de potestades exorbitantes); por lo que sus actuaciones en el fuero interno, principalmente, se enmarcan dentro del Derecho Administrativo (su creación, organización, ejercicio de potestades, régimen patrimonial, liquidación), mientras que el resto de sus actos corresponden a la órbita del Derecho Privado.

En lo que respecta a la doctrina local, teniendo la empresa una conceptualización originariamente de índole económico, Efraín Pérez estima que no por la sola denominación de empresa pública, debería atribuírsele a dicha persona jurídica su sometimiento al Derecho Público. Es oportuno precisar que esta deducción, a la que arriba Efraín Pérez, es el resultado del análisis del marco jurídico que estuvo vigente antes de la expedición de la actual Constitución de la República y de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. En tal consideración, Efraín Pérez fue concluyente al manifestar que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es indudable la ubicación en el Derecho Privado de las compañías anónimas de capitales públicos y de las compañías de economía mixta.⁶³

Como se puede apreciar, los tratadistas citados analizan a la empresa pública desde la perspectiva amplia del concepto, porque no la encasillan –de forma exclusiva y excluyente- bajo el régimen de Derecho Público; situación que es importante considerarla, debido a que la noción restringida o limitada estaría reflejada expresamente en el texto de nuestra Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP).

Con respecto al análisis comparado de esta figura jurídica, si bien no se ha previsto realizar un estudio profundo de la normatividad de ordenamientos jurídicos que contienen conceptos jurídicos similares a los de la EP ecuatoriana, sí estimamos oportuno aproximarnos a la visión que otras legislaciones han desarrollado sobre esta noción, que contiene elementos de carácter económico y político.

En primer lugar, podemos enunciar algunos casos sobre la forma de concebir a la empresa pública en algunos países europeos. En España, para citar un ejemplo,

⁶² David Blanquer, *Derecho Administrativo* (Valencia, 2010), 239-40, citado por Jaramillo Villa, “Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador”, (2011): 75.

⁶³ Pérez, *Derecho Administrativo*, 682.

Fernando Garrido Falla refiere a la empresa estatal como una de las formas del moderno intervencionismo estatal; una forma que consiste cabalmente en que la Administración asume directamente el riesgo de la explotación de una actividad de carácter económico.⁶⁴

En Francia, a pesar de que tampoco existe acuerdo sobre la noción de empresa pública, dentro de las actividades económicas del Estado han sido consideradas como empresas públicas los servicios públicos cuyo régimen se caracterice por un sometimiento particular intenso de Derecho Privado. Para Miguel Acosta Romero,⁶⁵ las empresas públicas en Francia fueron consideradas, inicialmente, derivadas de las nacionalizaciones, organizadas inicialmente bajo la forma de sociedades comerciales, así como también, las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado.

No obstante que se ha pretendido que las empresas públicas francesas orienten su actividad a otras ramas del comercio –distintas a las propias del servicio público–, Jean Rivero⁶⁶ estima que asignarles como meta la rentabilidad máxima es arriesgarse a incitarlas a que pierdan su razón de ser, que es el servicio público. Por lo tanto, la razón de ser de una empresa pública no podrá ser idéntica a una similar del sector privado.

De otro lado, en América Latina, particularmente en México, la empresa pública ha tenido una clara orientación hacia estructuras mercantilistas, con modalidades de intervención estatal; entre ellas, la más utilizada ha sido la sociedad anónima. Dicho régimen se encuentra suficientemente estatuido en la Ley Federal de Empresas Paraestatales, donde se ha contemplado todo un capítulo destinado a regular el funcionamiento y operación de las empresas (mercantiles) de participación estatal mayoritaria, que forman parte de la Administración Pública paraestatal y que están destinadas a las áreas estratégicas constitucionalmente establecidas.

En Argentina, en un esfuerzo de clarificar el rol de las empresas estatales, mediante Ley No. 20.705 de 31 de julio de 1974, el Senado y la Cámara de Diputados

⁶⁴ Fernando Garrido Falla, *La Empresa Pública en el Derecho Español*, citado por Miguel Acosta Romero, “Teoría General del Derecho Administrativo (Primer Curso)”, Decimotercera Edición Actualizada (México: Editorial Porrúa, 1997), 523.

⁶⁵ Acosta Romero, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 524.

⁶⁶ Jean Rivero, “Las empresas públicas en Francia”. En Manuel Barquín Álvarez, comp., *Anuario Jurídico. Estudios sobre la Empresa Pública* (París, 1981), 491-2.

dictaron la Ley de Sociedades del Estado, estableciendo su régimen de funcionamiento, del que podemos extraer los siguientes elementos:

- Son sociedades del Estado aquellas que, *con exclusión de toda participación de capitales privados*, constituyan el Estado nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades que se constituyan para desarrollar actividades de carácter industrial y comercial o explotar servicios públicos.
- Podrán ser unipersonales y *se someterán, en su constitución y funcionamiento, a las normas que regulan las sociedades anónimas*, en cuanto fueren compatibles con las disposiciones de la Ley No. 20.705.
- En ningún caso podrán transformarse en sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria ni admitir, bajo cualquier modalidad, la incorporación a su capital de capitales privados. *Es decir, son sociedades mercantiles de propiedad única del Estado*, pero que pueden admitir en sus paquetes accionarios a otras entidades públicas.
- No pueden ser declaradas en quiebra. Solo mediante autorización legislativa puede el Poder Ejecutivo resolver su liquidación.

En lo que respecta a la República de Colombia, mediante Ley No. 142 de 11 de julio de 1994 se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios. En el acápite de “Definiciones” de la citada norma se describen dos formas de empresas estatales:

“14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.”⁶⁷

⁶⁷ Argentina, Ley No. 142 de 1994, en el Diario Oficial No. 41.433 (Buenos Aires, 11 de julio de 1994).

A diferencia de las anteriores, en la legislación paraguaya las empresas públicas son definidas en sus respectivas leyes estatutarias como instituciones autárquicas, con personería jurídica y patrimonio propio. De acuerdo con Mersán y Villagra,⁶⁸ esta personalidad jurídica de la empresa pública le otorga la facultad legal para contratar, asumir responsabilidades y contar con recursos y presupuesto propios, que a su vez le permiten evaluar los resultados de su actividad económica, en similares términos que en una empresa privada.

En Chile, a criterio de Patricio Fernández Barros⁶⁹, la existencia de diversos textos legales vigentes en la materia ha permitido clasificar el marco jurídico de las empresas públicas en dos tipos legales: (i) en primer lugar, al proponerse satisfacer una necesidad pública, el legislador somete a esas entidades a un régimen jurídico especial de derecho público, otorgándole el carácter de servicio público; y, (ii) si se persigue la satisfacción de otro tipo de necesidades colectivas o desarrollar algún otro cometido, dicho organismo queda sujeto a las normas y principios del derecho privado.

Es decir, en la mayoría de los casos citados (con excepción de la legislación paraguaya), se puede concluir que existe una prevalencia de la “noción amplia” del concepto de empresa pública sobre la *noción restringida*.

En el caso ecuatoriano, el legislador procuró establecer un régimen jurídico específico para la empresa pública, marcando una distancia con la denominada *empresa subsidiaria*,⁷⁰ que bien podría encasillarse dentro de la noción amplia de *empresa estatal*, recogida en anteriores leyes y en la normativa secundaria del Ecuador.⁷¹

La Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) determinan –expresamente– que las EP son entidades que pertenecen al Estado y que se hallan sometidas al derecho público. Su finalidad es la gestión de los

⁶⁸ Carlos Mersán y Salvador Villagra Maffiodo, “El Régimen Legal de las Empresas Públicas en Paraguay y su Acción Internacional”, *El Régimen Legal de las Empresas Públicas Latinoamericanas y su Acción Internacional*, Serie Estudios No. 20, Volumen II (Buenos Aires: Instituto para la Integración de América Latina, 1977), 118.

⁶⁹ Patricio Fernández Barros, “El Régimen Legal de las Empresas Públicas en Chile y su Acción Internacional”, *El Régimen Legal de las Empresas Públicas*, 10.

⁷⁰ En efecto, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas define a las empresas subsidiarias como aquellas sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria.

⁷¹ A modo de ejemplo podemos citar la Constitución Política de la República del Ecuador (1998), la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, entre otras.

sectores estratégicos,⁷² la prestación de los servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas que le corresponde al Estado.

Al referirse la norma constitucional al “desarrollo de otras actividades económicas” del Estado, en modo tan general, bien podría pensarse que una inadecuada, no planificada o antojadiza idea de crear empresas públicas podría generar desequilibrios con respecto a otros operadores del mercado, sobre todo en consideración a que existirían empresas públicas y privadas desarrollando un giro del negocio similar.

Por ejemplo, las EP reciben compensaciones o beneficios de índole tributaria a los que no tienen acceso las empresas privadas. En tal circunstancia, el marco regulatorio debe estar diseñado de tal forma que se evite que se produzcan desbalances o afectaciones a la competencia en detrimento del sector privado.

Un primer intento en nuestro derecho formal de establecer parámetros sobre los cuáles se debe definir la necesidad de crear empresas públicas lo constituye la “Norma Técnica de Cumplimiento Obligatorio previo a la Creación de Empresas Públicas de la Función Ejecutiva”,⁷³ que exige a las entidades que requieran crear una EP, incluir dentro de los objetivos específicos, una estimación de cuál será la rentabilidad social, económica y financiera de la empresa pública, que permita establecer la pertinencia de su creación y entrada en operación. Esta ha sido una decisión acertada de la Función Ejecutiva, que bien podría ser replicada por los gobiernos autónomos descentralizados, a través de la implementación de estos requisitos en sus normativas reglamentarias o, en su defecto, mediante una reforma al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, en el caso de las universidades públicas, mediante la correspondiente enmienda legislativa, por cuanto no existe una disposición expresa en la Ley Orgánica de Educación Superior que norme este tema.

Actualmente, en lo que respecta a las EP de los gobiernos autónomos descentralizados, corresponde a sus órganos directivos (consejos regionales, consejos

⁷² De conformidad con el artículo 313 de la Constitución de la República, los sectores estratégicos son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental y deben 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 determinados por ley.

⁷³ Expedida mediante Acuerdo Ministerial No. 570 de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), en Registro Oficial Suplemento No. 290 (Quito, 28 de mayo de 2012).

provinciales, concejos metropolitanos, concejos municipales) conocer y aprobar la creación de empresas públicas o la participación en empresas de economía mixta, “siempre que esta forma de organización convenga más a sus intereses y a los de la ciudadanía: garantice una mayor eficiencia y mejore los niveles de calidad en la prestación de servicios públicos de su competencia o en el desarrollo de otras actividades de emprendimiento.”⁷⁴

Lo que nos da la pauta que el establecimiento de estas EP, en los GAD’s, tiene por finalidad, principalmente, asegurar la adecuada prestación de los servicios públicos, en forma descentralizada. No obstante, corresponderá a cada uno de ellos, mediante la discusión y aprobación de sus acuerdos y normativas regionales, provinciales, distritales o cantonales, establecer la *conveniencia* de prestar el servicio bajo esta figura.

Volviendo a las particularidades de las EP, aquellas tienen personalidad jurídica y capacidad de administración propia y, en tal consideración, están dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estas facultades les permitirían (al menos bajo la formulación de su marco legal) acceder a recursos financieros en forma oportuna; mantener procesos internos fluidos y expeditos con el menor nivel de injerencia política posible; mantener conceptos y procesos de administración similares a los utilizados en las empresas privadas; y, procurar mantener altos índices de productividad que tendrían por finalidad beneficiar al Estado y a sus pobladores.

Vistas estas características y antecedentes, podríamos definir a la Empresa Pública ecuatoriana (EP) como una persona jurídica sometida al régimen jurídico de Derecho Público y subsumida bajo la noción restringida de lo que se reconoce como *empresa estatal*, que está dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, que tiene por objeto realizar actividades inherentes a la prestación de servicios públicos en general; a la producción y administración de energía; a la gestión de las telecomunicaciones; a la extracción, gestión y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales no renovables; y, por excepción, a la provisión de determinados bienes y servicios, al mercado en general, mediante el

⁷⁴ Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 303 (19 de octubre de 2010), art. 277.

desarrollo de actividades económicas que le corresponde ejercer al Estado para alcanzar los fines previstos en la Constitución de la República.

Es decir, la finalidad de las EP ecuatorianas es (como lo ha sido históricamente) gestionar los servicios públicos y ejecutar obra pública, de acuerdo al alcance previsto en la Constitución y en la Ley Orgánica de Empresas Públicas; pero también, ejercer como agente económico del mercado al convertirse en proveedor de bienes y servicios que no están ligados necesariamente a la gestión pública, pero que deberían permitir al Estado actuar como un dinamizador de la economía (en tanto productor de bienes y servicios).

1.3. Régimen jurídico de la empresa pública

Como se ha manifestado en el acápite anterior, las EP son personas jurídicas de Derecho Público. Su patrimonio es de pertenencia exclusiva del Estado y pueden crearse mediante acto constitutivo de la Función Ejecutiva, de los gobiernos autónomos descentralizados (GAD's) y de las universidades públicas, en los términos contemplados en la LOEP.

Este sometimiento al Derecho Público, si nos atenemos estrictamente a la definición que nos ofrece el artículo 4 de la LOEP, tendría un carácter restringido y exclusivo. Sin embargo, la propia LOEP (en su Disposición General Primera) y la doctrina jurídica han dejado un espacio de duda sobre la exclusividad en el sometimiento de estas empresas (y de sus actuaciones) al régimen jurídico de Derecho Público.

Miguel Acosta Romero,⁷⁵ tratadista mexicano, expresa en su obra *Teoría General del Derecho Administrativo*, que la empresa pública es la “conjunción de los factores de la producción para obtener bienes o servicios, que el Estado considera en un momento necesarios para el interés general o la satisfacción de necesidades colectivas”, citando algunas de las que él considera son las características generales de esta empresa:

1. Que el Estado aporte los elementos del capital, naturaleza, organización y regule el elemento trabajo.

⁷⁵ Acosta Romero, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 522.

2. Que la empresa se encuentre destinada a producir bienes o servicios para satisfacer las necesidades colectivas, sin que ello implique obtener lucro necesariamente.
3. Que la empresa se encuentre vigilada y controlada en su actividad por el Estado, pudiendo señalar éste las orientaciones de la misma.
4. El régimen de la empresa es de normas de Derecho Público y de Derecho Privado.

A primera vista, resulta sencillo evidenciar que las características señaladas por Miguel Acosta coinciden en gran medida con los postulados y principios recogidos en la LOEP. Adicionalmente, el tratadista permite vislumbrar una coexistencia de los regímenes público y privado, sin que sea explícito en mencionar cuándo debe recurrirse –entendemos en forma excepcional- al Derecho Privado.⁷⁶

En el segundo capítulo de esta tesis procuraremos aproximarnos a develar cuál ha sido la intención del legislador para declarar, en apariencia, el sometimiento a un régimen de Derecho Privado (civil y/o comercial) de los actos, hechos y contratos que no estén vinculados con la ejecución de obra pública e infraestructura; teniendo presente que son aquellas actividades la razón de ser de las EP, en el actual marco constitucional.

Haciendo un paréntesis, cabe mencionar que una figura jurídica que deviene de la EP y que constituye una excepción al régimen público y a la titularidad exclusiva del patrimonio, son las denominadas *empresas subsidiarias*. Estas son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la EP en las que el Estado o sus instituciones (para estos efectos, los GAD's y las universidades públicas) ostentan la mayoría del capital accionario. En este caso, el régimen jurídico al que se hallan sometidas las empresas subsidiarias corresponde al de las empresas mercantiles de derecho privado (compañías anónimas), conforme lo dispone el artículo 311 de la Ley de Compañías.

Con respecto al ejercicio de las potestades públicas, existen criterios en la doctrina que nos permiten asumir que las EP's se hallarían en ejercicio de aquellas y, en cierto grado, del también denominado *poder de policía*, que para Luis Jordana de

⁷⁶ En un análisis sobre las “empresas estatales” argentinas, Miguel Marienhoff también deja evidenciar la convivencia de los regímenes público y privado, con mayor o menor influencia de cada uno de ellos, dependiendo de la actividad que desarrolle la empresa. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 191.

Pozas⁷⁷ consiste en la facultad de la Administración Pública de ejercer tres actividades fundamentales: a) El fomento, que tiene por objeto proteger y estimular que los particulares desarrollen una determinada actividad que, de manera indirecta, servirá para alcanzar los fines del Estado; b) La actividad de policía, que previene y reprime haciendo uso de la coacción; y, c) Los servicios públicos, a través de los cuales la Administración alcanza los fines estatales, de forma directa y con sus propios medios.

Las actividades que desarrollan las EP estarían subsumidas en la estructura propuesta por Jordana de Pozas, dentro del ámbito de la prestación de los servicios públicos; lo cual es coherente con lo dispuesto en las normas constitucionales y legales.

Por ende, las EP estarían inmersas en el ámbito de lo que Dromi⁷⁸ denomina el “Estado Administrador”: encargado de ejecutar directa o indirectamente o de dejar ejecutar prestaciones y servicios públicos, para lo cual le corresponde institucionalizar una estructura administrativa centralizada y descentralizada, pública estatal y no pública, para asegurar prestaciones y servicios eficientes y justos.

La EP, tal como está concebida en nuestra actual legislación, es una Administración Pública desconcentrada y, en tal consideración, le corresponde el ejercicio de las potestades estatales o *poder de policía*. Para Dromi,⁷⁹ estas potestades estatales tienen por finalidad la promoción del bienestar general mediante la regulación de los derechos individuales (dentro del cauce constitucional) y que se manifiesta a través de normas generales, abstractas, impersonales u objetivas.

La actividad de *policía* que es parte de la función administrativa, según Dromi, se evidencia en la expedición de normas particulares, singularizadas en la forma de actos administrativos, que vienen a constituir la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta.

Es así que, a modo deductivo podríamos insinuar que la EP al ejercer las potestades estatales se vale de estas normas particulares que resultan necesarias para alcanzar el cumplimiento de sus finalidades y objetivos, pero que únicamente tendrían

⁷⁷ Luis Jordana de Pozas, *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*, citado por Pérez, “Derecho Administrativo”, 567-8.

⁷⁸ Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, 42.

⁷⁹ Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, 571.

el carácter de actos administrativos cuando se trate de la construcción de obra pública e infraestructura, conforme se aprecia del texto legal que regula a las EP.⁸⁰

Lo señalado podría resultar insuficiente en el análisis teórico y en el enfoque práctico, si consideramos que la EP –en el desarrollo de sus actividades relacionadas con el objeto de creación y el giro ordinario del negocio- interactúa permanentemente con los usuarios (administrados); sus propios funcionarios, servidores y obreros; los oferentes y contratistas; personas jurídicas de Derecho Privado; y, en general, ciudadanos que pueden resultar afectados por las decisiones que en el ámbito de sus competencias deban ejecutar para alcanzar sus fines.

Dromi es concluyente al afirmar la tesis de que estas entidades descentralizadas o desconcentradas que ejercen actividad administrativa, por encontrarse su actividad dentro del ámbito del Derecho Público, emiten actos (hechos y simples actos) y celebran contratos de naturaleza administrativa.⁸¹

Este criterio es compartido, en gran medida, por el profesor Juan Carlos Cassagne,⁸² quien al determinar las características de las empresas públicas (desde la noción amplia) y señalar que son organismos del Estado inscritos en el modelo de gestión descentralizada, sus actos y hechos administrativos se someten al derecho público; con excepción de las empresas de economía mixta, que para sus fines societarios deben aplicar el Derecho Privado (algo similar a lo que acontece en Ecuador con las empresas subsidiarias).

De lo analizado podemos colegir que la EP, al constituir una sociedad desconcentrada o descentralizada de Derecho Público, en ejercicio de la función pública, está facultada (de forma general y amplia) para regular determinadas prerrogativas de los particulares mediante la emisión de actos de tipo administrativo.

⁸⁰ En efecto, la Disposición General Primera (Naturaleza de los Actos, Hechos y Contratos de las Empresas Públicas) de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone que 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.

⁸¹ Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, 471.

⁸² Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires, 2006), citado por Jaramillo Villa, “Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador” (2011): 69-70.

Capítulo segundo

2. Los actos, hechos y contratos en las empresas públicas

2.1. Giro específico del negocio y giro ordinario

El régimen jurídico de las EP hace que necesariamente éste se manifieste en el objeto, en los principios y en el giro del negocio que de ellas se desprende. De ahí que deba tenerse presente que las EP respondan o se encuentran disciplinadas a la autoridad pública, sin que aquello deba implicar un menoscabo de la garantía de autonomía. En tal circunstancia y a modo general, su objeto o giro específico del negocio deben estar alineados y guardar consonancia con los objetivos de planificación de la Administración Pública.

La determinación del giro ordinario o común y del giro específico del negocio de las EP pareciera ser un tema que no merece mayor atención cuando se trata del análisis en abstracto de esta figura jurídica de reciente creación. No obstante, de aquella determinación pueden surgir diversas interpretaciones e implicaciones generadas con la aplicación de uno u otro régimen.

Concretamente, existen disposiciones normativas en nuestro ordenamiento jurídico que han surgido a raíz de la aprobación de la Constitución de la República del año 2008 y que tienen estrecha vinculación con este establecimiento del giro del negocio, a saber: (i) En contratación pública, la determinación del giro específico del negocio de las EP, de las empresas mercantiles del Estado (cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público) y de las denominadas subsidiarias; y, por otro lado, (ii) La propia particularidad y distinción que dispone la LOEP respecto de la naturaleza de los actos, hechos y contratos que expiden, celebran o ejecutan las EP, como resultado de la determinación de ese giro específico.

En el *primer caso*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), el establecimiento del giro específico del negocio tiene destacada relevancia dado que éste concede una *dispensa* en cuanto a la obligatoriedad de

observar y aplicar esta ley y su reglamento por parte de las EP, empresas mercantiles del Estado⁸³ y subsidiarias.

Derivado de este régimen de excepción, aquellas podrían someterse a un régimen especial de contrataciones que se entiende regulado por las *leyes específicas* que rigen sus actividades o que bien estará sujeto a las *prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional*.

Inicialmente, la determinación del giro específico, en aplicación del citado artículo 104, era una atribución exclusiva de la máxima autoridad de la persona jurídica interesada en delimitar tal régimen.

En algunos casos, esta facultad pudo haber sido ejercida de modo discrecional y con ello verse afectados los principios de transparencia, igualdad, generalidad, publicidad, trato justo y participación nacional, que resguarda la LOSNCP.

Debido a ello, fue necesaria la implementación de una reforma reglamentaria, otorgándole al Director del Instituto Ecuatoriano de Contratación Pública (INCOP, hoy Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP) las atribuciones de análisis y autorizaciones previas sobre la determinación del giro específico del negocio, a fin de evitar posibles elusiones de los procedimientos precontractuales por parte de los directivos de las empresas contratantes.

Es así que en la actualidad le corresponde al SERCOP la aprobación de las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que se entienden parte del giro específico del negocio de las empresas; debiendo observarse en forma obligatoria los procedimientos establecidos en la LOSNCP y su Reglamento

⁸³ Respecto de la alusión efectuada tanto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como en su Reglamento General, en lo tocante al concepto de “empresa mercantil del Estado”, si bien el actual marco legal ha procurado enfatizar la noción restringida de este concepto de empresa estatal bajo la denominación de “empresa pública”, separándola de otros conceptos como el de “subsidiaria estatal”, no debe olvidarse que, sobre todo, derivado del modelo estatal económico imperante en la década de los noventa se constituyeron varias empresas mercantiles pertenecientes al Estado. La mayoría de ellas se han transformado ya en EP’s. Sin embargo, existen aún varias empresas que permanecen bajo el estatus jurídico de sociedades anónimas (Para citar unos ejemplos, tenemos las denominadas “eléctricas”: Empresa Eléctrica Quito S.A., Empresa Eléctrica Regional del Centrosur C.A., Empresa Eléctrica Ambato S.A., Empresa Eléctrica Regional del Sur S.A., Empresa Eléctrica Riobamba S.A.). Entendemos que el concepto de “empresa mercantil del Estado”, recogido en estas normas, se refiere a este tipo de empresas.

General, de conformidad con el tipo y presupuesto referencial de la contratación, respecto de las contrataciones que no sean parte del giro específico aprobado.⁸⁴

A pesar de que existe la determinación expresa y reglada de que será el SERCOP quien califique cuáles son las contrataciones que pertenecen al giro específico del negocio, tanto la LOSNCP como su Reglamento General no han contemplado una definición o al menos una aproximación hacia el concepto del *giro específico del negocio*.

Sin embargo, del análisis global y contextual del Reglamento General de la LOSNCP debería deducirse que el criterio implícito del giro del negocio de las empresas públicas –acorde con el artículo 104- lo constituyen el grupo de actividades comerciales que realizan estas personas jurídicas cuando actúan como proveedoras de bienes y servicios hacia el mercado. De ahí que el Reglamento General realice un ejercicio diferenciador de las contrataciones que desarrollan las entidades estatales cuando requieren de determinados bienes y servicios (de carácter especial) en otros ámbitos o ramos, tales como: fármacos; seguridad interna y externa del Estado; comunicación social; asesoría y patrocinio jurídico; obras artísticas literarias o científicas; transporte de correo internacional y transporte interno de correo; que por ello pertenecen al denominado *régimen especial* de contrataciones.

En este caso, el giro específico del negocio de la EP recae sobre las actividades de carácter mercantil que le competen ejecutar, en calidad de proveedor de bienes y servicios, en sujeción al mandato constitucional y legal.

Por lo tanto, el giro específico del negocio debería entenderse que rige únicamente para las EP que ofertan bienes y servicios al mercado. Así tenemos: los servicios públicos de telecomunicaciones; el transporte aéreo; la producción de fármacos; los servicios turísticos; el servicio postal; para citar unos pocos ejemplos.

Sin embargo, el hecho de que no exista una definición expresa y concreta del concepto y alcance del giro específico del negocio –en los términos que hemos explicado- admite la posibilidad cierta de que algunas EP soliciten al SERCOP la aprobación de determinadas contrataciones que no se limitan a la oferta de bienes y

⁸⁴ Ecuador, Instituto Nacional de Contratación Pública, Resolución INCOP No. 051-2011, “Normas Complementarias para la Determinación del Giro Específico del Negocio”, en Registro Oficial, No. 612 (06 de enero de 2011), art. 4.

servicios, sino a la adquisición o contratación de bienes, obras y servicios, en forma directa, para el cumplimiento de sus fines, pero que bien podrían entenderse que deberían someterse a los procedimientos del régimen común, provocando con ello una vulnerabilidad a los principios de contratación.⁸⁵

En *segundo lugar* y en cuanto se refiere a la distinción de los regímenes jurídicos que contempla la LOEP, como se ha referido en el Capítulo I de este trabajo, el marco jurídico-constitucional de gestión de las EP consiste en la gestión de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

De ahí que en el documento constitutivo, sea éste un decreto ejecutivo, acto normativo o escritura pública, debe constar de manera expresa y taxativa, el objeto y las actividades que le permitan a la EP cumplir con los fines previstos en la Constitución y en la ley, según su área de intervención:

- Producción, transmisión, distribución, comercialización, importación y exportación de energía eléctrica.
- Explotación de servicios de telecomunicaciones.
- Exploración, explotación y comercialización de hidrocarburos.
- Provisión del servicio de agua potable.
- Desarrollo y gestión de infraestructura para la movilidad y el espacio público.
- Transporte, comercial, aéreo, público, interno e internacional de pasajeros, de carga y correo.
- Transporte de hidrocarburos por vía marítima y prestación de servicios de transporte comercial, marítimo y fluvial de hidrocarburos y sus derivados.
- Instalación, operación y mantenimiento de servicios públicos de radiodifusión y televisión públicas.

⁸⁵ A modo de ejemplo podemos citar que, mediante Oficio No. SERCOP DG-2014-0456-OF de 14 de abril de 2014, el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, determinó el giro del negocio de la Empresa Pública Yachay, para la adquisición de libros, bases de datos y demás formas impresas o electrónicas de divulgación del conocimiento académico, científico, de tecnologías aplicadas y de innovación; capacitación especializada en el ámbito científico, académico y de innovación; servicios de consultoría especializada con consultores nacionales y extranjeros; entre otras. Adquisiciones que, en calidad de adquirente, las ejecutará la EP, siendo posible entender que éstas bien podrían someterse al régimen común de contratación.

- Oferta de servicios turísticos.
- Servicio de televisión por cable o satelital.
- Producción de fármacos.
- Importación de bienes.
- Prestación de servicios marítimos.

Las actividades que hemos citado, a modo de ejemplo, también nos dan la pauta de lo que constituye el giro específico del negocio de las EP, en el sentido de aplicación que hemos sugerido líneas arriba.

En la mayoría de casos está claro que la finalidad que persiguen estas EP se relaciona directamente con los campos de acción trazados para la gestión de sectores estratégicos (producción de energía, telecomunicaciones, etc.) o la prestación del servicio público (agua potable, transporte público, provisión del servicio eléctrico, saneamiento y recolección de desechos, entre otros).

Lo que debe preocuparnos como ciudadanos es que las entidades y autoridades encargadas de resolver sobre la creación de empresas públicas, que van a desarrollar actividades en sectores de la economía distintos a los analizados en el párrafo anterior, justifiquen la razonabilidad de considerar el ingreso de un agente económico al mercado, que tiene ventajas competitivas –sobre todo tributarias- sobre sus pares privados y que en última instancia pueden provocar desbalances o afectaciones a la libre competencia.

Por lo que este análisis de razonabilidad debería considerar que un esquema de gestión de venta de bienes y servicios, bajo la figura de EP, no debe ser aprovechado para generar ingresos para determinado ente público (gobierno central, gobiernos autónomos descentralizados o universidades, justamente aprovechando las exenciones tributarias concedidas por ley), en desmedro de otros proveedores del sector privado.

Finalmente, debemos señalar que, en lo que respecta al giro ordinario del negocio, éste viene a constituir el grupo de actividades de tipo general que llevan a cabo los órganos de la EP, para alcanzar los fines previstos en su giro específico.

2.2. Actos administrativos

El concepto de acto administrativo comprende a los actos emitidos por el órgano ejecutivo y a los de igual naturaleza emitidos por el órgano legislativo y por el judicial, pues todos están sometidos, en general, a los mismos principios jurídicos. En este sentido y según Dromi comprende, por tanto, acciones de la más variada índole: decreto, acuerdo, disposición, orden, resolución, decisión, autorización, permiso, licencia, etcétera; emitidas siempre por un órgano estatal o público no estatal.⁸⁶

Los antecedentes doctrinarios y las nociones generales del acto administrativo son tópicos que han sido examinados con mucha profundidad por parte de administrativistas de todas las latitudes. Es así que el estudio de la noción y elementos del acto administrativo parecería haber alcanzado un estatus de “definitivo y agotado” en la doctrina internacional.

En tal consideración, debemos aclarar que nuestro principal interés al abordar el *acto administrativo* en este trabajo, consiste en identificar cuál es la naturaleza jurídica de las actuaciones de la Administración Pública, dado que una norma legal de carácter orgánico (LOEP) pretendería asignar un carácter privado a determinados actos y contratos de las EP.

También procuraremos realizar un análisis de lo que se denominan los *actos administrativos consensuales*.

En primer lugar, ya hemos realizado un examen respecto de cuál es el régimen jurídico al que se hallan sometidas las EP. La determinación de este régimen jurídico (Derecho Público), no debería dificultarnos en deducir que sus actos y contratos también se han de someter, exclusivamente, a dicho régimen. Sin embargo, aceptar tal deducción como una verdad indiscutible no resulta tan sencillo; más aún si consideramos la frecuente injerencia que ha tenido el Derecho Privado en la actividad que desarrollan las Administraciones Públicas.

Alfonso Nava Negrete, al realizar una disertación sobre la combinación de regímenes en la Administración Pública, describe los fenómenos de “la publicización de la actividad de los particulares y la privatización de la actividad del Estado”, como resultado del fuerte intervencionismo estatal en determinados sistemas jurídicos y que

⁸⁶ Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, 202.

afectarían al principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales. Nava manifiesta que estos dos fenómenos han derivado en un mayor horizonte de actividad para el Estado y en un menor campo privativo para los particulares; así como en la necesidad del Estado de recurrir al Derecho Privado para poder realizar operaciones o negocios que hagan posibles sus cometidos públicos.⁸⁷

El intervencionismo administrativo puede ser considerado como un resultado de la imponente presencia del Estado en las actividades económicas y productivas (acorde a lo analizado en el Capítulo 1); pudiendo incluso catalogarse, en ciertos casos, como una sustitución a la iniciativa privada. En Ecuador, por ejemplo, el esquema constitucional hace que el Estado sea el principal promotor de las actividades de los sectores estratégicos (transporte y refinación de hidrocarburos, telecomunicaciones, electricidad, minería, energía, entre otras) y, en tal consideración, su participación en la economía tiene también un papel preponderante.

Roger Bonnard⁸⁸ en 1935 realizó una clasificación de los grados de intervencionismo administrativo por parte del Estado, a saber: (i) Ayuda y fomento de la actividad de los particulares, con énfasis en subvenciones, subsidios y exenciones fiscales; (ii) Control y vigilancia de la actividad privada, manifestada especialmente a través de la autorización previa; y, (iii) Sustitución de la actividad privada por la actividad de la administración, es decir, hacer servicio público lo que antes era actividad o servicio privado. En este último caso, señala Bonnard, el Estado suele convertir al servicio en un monopolio público, que también se lo puede prestar en conjunto con el sector privado (asociación público–privada) o a través de la concesión.

Este intervencionismo administrativo, por otra parte, es visto por Ripert⁸⁹ como una regresión jurídica, de la cual su expresión más radical resulta la nacionalización, mediante la cual se pretendería sustituir el sistema de producción capitalista por la socialización o sistema de producción en manos del Estado.

La satisfacción y el aseguramiento del interés general constituirían otro motivo o la justificación para el intervencionismo administrativo. Al respecto, Paul Duez y Guy

⁸⁷ Alfonso Nava Negrete, “Contratos Privados de la Administración Pública”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XIII, Número 51 (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1963), 2-3.

⁸⁸ Roger Bonnard, *Précis de droit administratif* (París, 1935), 12-5, citado por Nava Negrete, “Contratos Privados”, 7-8.

⁸⁹ Georges Ripert, *Le déclin de droit* (París, 1949), citado por Nava Negrete, *Ibíd.*

Debeyre⁹⁰ sostiene que existen dos tipos de intervenciones. La *intervención mínima* es el procedimiento de policía, que consiste en dejar hacer al individuo y únicamente limitar su actividad mediante disposiciones de carácter preventivo, si esta actividad puede representar un riesgo para el interés general (se nos ocurre, a modo de ejemplo, las actividades que pueden producir efectos nocivos para el medio ambiente). Por otro lado, una *intervención más acentuada*, que está representada por el servicio público y que tiene por finalidad la satisfacción del interés general y que, como lo habíamos explicado, podría prestarse en concurrencia con la iniciativa privada o mediante la constitución de un monopolio.

Estos dos últimos autores explican que el funcionamiento del servicio público podría realizarse a través de modelos o procedimientos de gestión privada o bien mediante procedimientos autónomos de Derecho Público, con el único fin de satisfacer este interés general.

Es por estas razones que Alfonso Nava infiere, casi como un hecho innegable, la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan someter sus actos a un régimen jurídico combinado.

De su lado, José Luis Benavides, en su obra *El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, señala otras posibles razones por las cuales la Administración Pública debería “apoyarse” en el Derecho Privado para alcanzar los fines propuestos por el Estado.

En efecto, Benavides explica que existe una tendencia actual que busca un reequilibrio de las relaciones jurídicas entre la Administración y los particulares. El monopolio estatal del “interés general”, inspirado en el Derecho Público francés que profesa un culto al Estado, dio como resultado natural que el contrato administrativo sea un instrumento para que la Administración contratante obtenga la colaboración de los particulares bajo su total subordinación, reduciendo así los elementos contractuales de la relación jurídica, tanto que los autores clásicos han manifestado que el contrato administrativo es un acto administrativo de naturaleza bilateral.⁹¹

⁹⁰ Paul Duez y Guy Debeyre, *Traité de droit administratif* (París, 1952), citados Nava Negrete, *Ibíd.*, 10.

⁹¹ José Luis Benavides, *El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho Privado* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 33.

Benavides pone en tela de duda esta encarnación exclusiva del “interés general”, por dos situaciones.⁹² Primero, esta concepción está basada sobre la racionalidad del funcionamiento del conjunto de las instituciones públicas, que implicaría que toda la Administración *marche a la perfección*, lo que es imposible e irreal. De esta forma, los procesos de planificación y la definición total y global de políticas de intervencionismo, a largo plazo, deberían ser revaluados ante la necesidad de responder con prontitud y eficacia frente las necesidades sociales y económicas que se hallan en constante transformación.

En segundo lugar, Benavides hace evidente una crítica al Estado por considerar que ha permitido *asfixiar* el dinamismo del sector privado, estigmatizando a la iniciativa privada de egoísta e individualista y, en tal circunstancia, opuesta al interés general.

Frente a estas realidades, Benavides considera necesario proponer una redefinición y el reforzamiento del concepto de *interés general*, en el que puedan primar las libertades, pero sin ausencia de normas; en este supuesto, se muestra partidario de implementar mecanismos como la regulación, para corregir las desigualdades y lograr un equilibrio entre intereses generales y privados. De esta forma se fomenta la participación del sector privado; se reduce el intervencionismo estatal; los mecanismos de control externo se multiplican; los poderes de la Administración contratante se enmarcan y reducen; y, las relaciones con los contratistas se vuelven más igualitarias.⁹³

Obviamente, el esquema regulatorio que propone José Luis Benavides implica que el Estado disponga de un marco jurídico más flexible (como el colombiano, en el caso del citado autor) y el sector privado pueda tener una participación estratégica en determinadas actividades, bajo el control y supervisión estatal.

En Ecuador, durante el gobierno del arquitecto Sixto Durán Ballén (1994) –de corte neoliberal y propulsor de procesos de modernización y privatización de los servicios públicos- se dictó el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), como norma base de la estructura general, funcionamiento, procedimiento administrativo y responsabilidad de los órganos y entidades de la Administración Pública Central e Institucional.

⁹² *Ibíd.*, 34.

⁹³ *Ibíd.*, 34-5.

El ERJAFE –que se halla vigente en la actualidad- admite esta interacción y la combinación de regímenes⁹⁴ al determinar que las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, “sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo.”⁹⁵

Bajo el actual marco constitucional, que rige las actividades del sector estratégico y de los servicios públicos en el Ecuador, resultaría complejo intuir en qué situaciones es permisible o factible que la Administración Pública pueda recurrir a *otras categorías* de Derecho Privado.

No obstante, hasta ahora hemos podido dilucidar, al menos teóricamente, que sí existe la posibilidad de que las actuaciones de la Administración Pública sean permeables y, por lo tanto, existan actos y contratos de naturaleza privada.

Esta conclusión lleva a preguntarnos si la Disposición General Primera de la LOEP (“Naturaleza de los Actos, Hechos y Contratos de las Empresas Públicas”) sigue la línea conceptual que hemos analizado (que también la recoge el ERJAFE) o, si por el contrario, responde a un descuido del legislador al momento de redactar la LOEP, vista la existencia de otras normas jurídicas⁹⁶ que en forma expresa determinan cuál es la naturaleza de los actos, hechos y contratos que generan las EP.

Al respecto, estimamos necesario esclarecer si esta supuesta oscuridad normativa y la indeterminación de la naturaleza jurídica de los actos, hechos y contratos que se

⁹⁴ El artículo 64 de ERJAFE textualmente dispone lo siguiente: “Art. 64.- CATEGORIAS.- Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.” (Decreto Ejecutivo No. 1634, en Registro Oficial, Segundo Suplemento, No. 411 (Quito, 31 de marzo de 1994; modificado mediante Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en Registro Oficial, No. 536 de 18 de marzo de 2002).

⁹⁵ De la lectura de este texto podría entenderse que la facultad de la Administración Pública para recurrir a “otras categorías de derecho privado” obedece a la urgencia de cumplir con los objetivos constitucionales y los cometidos públicos, para lo cual requiere (en ocasiones) “inmiscuirse” en el terreno de lo privado.

⁹⁶ En efecto, el artículo 60 (Carácter de los Contratos) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a la cual se hallan sometidas las EP, dispone que los contratos a los que se refiere dicha ley, sin excepción alguna, son contratos administrativos.

originan en las EP (cuando no se vinculen a la construcción de obra pública e infraestructura), pueden generar inseguridad jurídica o violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados.

En primera instancia podríamos asumir que el régimen jurídico aparentemente indefinido de actos, hechos y contratos, asignado por el legislador en forma distintiva en la Disposición General Primera de la LOEP, está ligado al giro específico del negocio establecido en el artículo 104 del Reglamento General de la LOSNCP, en los términos analizados en el subcapítulo 2.1. de este trabajo. Es decir, este régimen lo vendrían a constituir las actividades de tipo comercial que realizan las EP cuando actúan como proveedoras de bienes y servicios.

Por ende, debería entenderse que la naturaleza jurídica de los actos derivados del giro específico del negocio es civil o comercial.

No obstante, de la revisión del conjunto jurídico bajo el cual se sostienen las EP, bien podríamos afirmar que *este régimen tampoco es puro*.

A manera de ejemplo, la *jurisdicción coactiva* de la que gozan las EP para la recaudación de los valores adeudados por sus *clientes, usuarios o consumidores*, se la ejerce de conformidad con lo previsto en la Disposición General Cuarta de la LOEP, es decir, bajo “la reglamentación interna de la empresa pública y demás normativa conexas”.⁹⁷

Como veremos más adelante, la potestad reglamentaria otorgada a los Gerentes Generales de las EP en la LOEP se circunscribe a la aprobación y modificación de reglamentos internos, que determinarán el funcionamiento y la adecuada marcha de la Empresa. Estos reglamentos, en tanto actos normativos, constituyen una declaración unilateral efectuada en ejercicio de la *función administrativa* y producen efectos jurídicos de forma directa.

De lo anterior bien podemos inferir que el proceso coactivo que lleve a cabo la EP está sometido al Derecho Administrativo, a pesar de que las relaciones contractuales de cuales se deriven las obligaciones de pago por parte de los clientes, usuarios o consumidores, puedan estar afincadas en el Derecho Civil.

⁹⁷ La Disposición General Cuarta de la LOEP dispone: “CUARTA: JURISDICCION COACTIVA.- Las empresas públicas, para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores, gozan de jurisdicción coactiva, que *se la ejercerá de conformidad con la reglamentación interna de la empresa pública* y demás normativa conexas. [...]”. (Énfasis añadido).

Proponemos un ejemplo para tratar de entender de un modo más gráfico este asunto.

En lo referente a los servicios de telefonía (fija o móvil) o internet o televisión por cable, prestados por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT EP), los contratos suscritos entre esta EP y las personas naturales o jurídicas (públicas o privadas), se hallan sometidos a las normas especiales establecidas en la Ley Especial de Telecomunicaciones, en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y en el Código Civil.⁹⁸

En estos casos, la Administración Pública, por expresas consideraciones de las leyes antes citadas, se ubica en igualdad de condiciones con su contraparte. Si bien, estos instrumentos tienen la calidad de contratos de adhesión, tales convenciones no llevan implícitas las facultades exorbitantes de las que gozarían las EP en los contratos de carácter administrativo. Tampoco establecen un régimen de solución de controversias ceñido al procedimiento contencioso-administrativo, sino que someten las diferencias a los jueces ordinarios.⁹⁹

Sin embargo, cuando existieren retrasos o falta de pago de los valores correspondientes a la prestación del servicio, CNT EP podría hacer efectiva la jurisdicción coactiva para recaudar los montos adeudados; logrando con ello escapar al régimen jurisdiccional ordinario y de esta manera asegurar en forma expedita el cumplimiento de las obligaciones de pago del usuario. Es obvio, entonces, que en el proceso coactivo se generen hechos y actos administrativos.

Esto evidencia la existencia de un régimen jurídico mixto en las relaciones contractuales entre la EP proveedora del servicio y el usuario, en razón de que todo el

⁹⁸ Por ejemplo, en el caso de telefonía celular provista por CNT, los contratos de “Prestación del Servicio Móvil Avanzado Modalidad Prepago” establecen que las controversias derivadas de la ejecución contractual “se someterán a los jueces competentes del domicilio del demandado y al trámite del juicio verbal sumario”, es decir a las normas procesales del Código de Procedimiento Civil (ahora incorporadas al Código Orgánico Integral de Procesos) <http://corporativo.cnt.gob.ec/documentos-de-descarga/>. Por otro lado, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en el artículo 4, numeral 2, dispone que son “derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y *costumbre mercantil*, los siguientes: [...] 2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad; [...]” (El énfasis nos corresponde).

⁹⁹ Véase nota al pie número 98.

proceso de coactiva está sujeto a la normativa administrativa que emita su representante legal, en ejercicio de la potestad reglamentaria.¹⁰⁰

Lo mismo podríamos decir en relación a la provisión de otro tipo de servicios comúnmente denominados *domiciliarios*, tales como, el servicio público de energía eléctrica o de agua potable.

Empero, cabría preguntarse en qué casos no sería factible que una EP ejerza la jurisdicción coactiva. ¿Es pertinente el cobro coactivo en el servicio de transporte aéreo o en el servicio de correos?

En mi particular opinión, estas dudas se originan ante la falta de desarrollo normativo. En específico, el reglamento general a la LOEP es anunciado en varios acápite de la ley. Sin embargo, en los casi seis años de su vigencia no se ha logrado concretar la expedición del reglamento, que bien podría contribuir a aclarar varios aspectos que denotan cierta ambigüedad en la ley y, con ello, brindar mayor seguridad jurídica.

2.2.1. Los actos administrativos consensuales

En otro tema, habíamos ofrecido realizar un breve análisis de los *actos administrativos consensuales*, que por su naturaleza vendrían a confrontar las teorías que propugnan el carácter unilateral del acto administrativo. Procuraremos ejemplificar este ejercicio de Administración Pública que realizan las EP's.

Iniciemos indicando que, para Jorge Zavala Egas, el “acto administrativo es la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictado por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos.”¹⁰¹

Agustín Gordillo explica que “dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos existe una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo entre la administración y otro sujeto de derecho, para reglar derechos y deberes comunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la administración que realiza ella por su cuenta y por su sola voluntad. Los primeros reciben generalmente la denominación de “contratos

¹⁰⁰ Tal como lo hemos señalado en líneas anteriores, el proceso coactivo es un ejercicio reglado, que debe procesarse en conformidad con la normativa interna de la EP y que obedece al régimen de Derecho Público. (Véase el acápite 2.5 de este trabajo).

¹⁰¹ Jorge Zavala Egas, *Derecho Administrativo I*, citado por Pérez, “Derecho Administrativo”, 419.

administrativos”, [...] mientras que los segundos, los actos administrativos vienen a ser “la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.”¹⁰²

Para Guido Zanobini, las ejecutorias de la Administración Pública nacen de una potestad reglada¹⁰³ que involucra el conjunto de acciones destinadas a la consecución de los fines estatales y, con ello, del bien común. Para alcanzarlo, los órganos administrativos deben basar sus actuaciones en decisiones de carácter unilateral a fin de atender casos particulares y determinados, adaptándose a las diversas exigencias de las diferentes situaciones de hecho.¹⁰⁴

Para resumir podríamos decir que el acto administrativo es una decisión de la Administración Pública, actuando en ejercicio de la función administrativa, generalmente unilateral, aunque también puede ser consensual, sobre un asunto concreto y particular. Así, la decisión de adjudicar un contrato, el nombramiento de un funcionario, la determinación de un horario de trabajo, la declaratoria de utilidad pública de un inmueble, la designación del Gerente General de una EP, etcétera.

Este carácter unilateral del acto administrativo está recogido en el Derecho formal ecuatoriano, particularmente en el artículo 65 del ERJAFE, que define al acto administrativo como “toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”

Esta potestad de la Administración Pública debe ser aplicada en cumplimiento del principio de juridicidad o de subordinación al ordenamiento jurídico y con

¹⁰² Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 9, Libro I, Primera Edición (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014), X-7. X-9.

¹⁰³ De acuerdo con Agustín Gordillo, “*las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto*”, mientras que las “*facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera. Dicho de otro modo, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración.*” (Ibíd., X-9.X-12). Más adelante, el citado tratadista aclara el papel de la discrecionalidad del acto administrativo, citando a De Laubadère e indicando “*que no existen actos discrecionales, sino solamente un cierto poder discrecional de las autoridades administrativas*” y que el margen de discrecionalidad de las autoridades se origina en la propia legislación. (Ibíd., X-24).

¹⁰⁴ Guido Zanobini, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I (Buenos Aires: Librería Editorial Depalma, 1954), 24.

prudencia por parte de la autoridad, en tanto y en cuanto las decisiones a adoptarse, para alcanzar resultados de interés general, pueden afectar derechos de particulares.

Justamente, la preservación de los derechos fundamentales, frente a la actividad que ejerce la Administración Pública, es un tema que ha dado lugar a cuestionar las doctrinas que escudan la hegemonía y exclusividad del carácter “unilateral” del acto administrativo.

En efecto, Juan Carlos Benalcázar Guerrón realiza un análisis de lo que en doctrina se denomina la “Administración concertada”, mediante la cual se procura, a través de consensos con los individuos o grupos, la juridicidad, la promoción de los derechos fundamentales y la realización de los postulados de eficacia y de eficiencia administrativa. Esta Administración concertada se materializa a través de “actos administrativos consensuales”, que se fundamentan en la participación ciudadana en los asuntos públicos y en el procedimiento administrativo.¹⁰⁵

Para Juan Carlos Benalcázar, la actuación administrativa requiere de una mayor identificación con las exigencias sociales. En determinadas circunstancias se precisa de la participación y el acuerdo de voluntades, entre la Administración y los administrados, para la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

Un ejemplo práctico y recurrente de los actos administrativos consensuales podría ser lo que en nuestra legislación se denomina el derecho a la “consulta previa, libre e informada” de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, respecto de los planes o programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables, que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; así como a participar en los beneficios que aquellos proyectos reporten y a recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les sean causados.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Los actos administrativos consensuales: una técnica para el ejercicio de la participación ciudadana en las decisiones de la administración pública*, Serie Estudios Jurídicos, Número 35 (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), 6 y 25.

¹⁰⁶ La referencia normativa corresponde al artículo 57, numeral 7 de la Constitución de la República que, en materia ambiental viene a ser complementada con el artículo 398 de la misma norma constitucional que dispone: “Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad

En este caso, para la formación de la voluntad de la Administración se requiere que la autoridad administrativa realice una consulta previa de forma “obligatoria y oportuna”. Sin esta consulta a las comunidades, difícilmente podría perfeccionarse el acto administrativo, que en el ejemplo citado, deviene en la decisión de ejecutar o no un determinado proyecto.

Nuestra legislación ha previsto este mecanismo de consulta como un factor de alerta y prevención de posibles daños o afectaciones al ambiente, a los ecosistemas o a la vida de las comunidades asentadas en los sitios donde se requieran ejecutar los proyectos. La ley establece, además, la obligatoriedad de contemplar métodos de mitigación, reparación y compensación, en caso de llevar a ejecución los programas o proyectos en los que no existiere la “voluntad” de acompañar la decisión de la autoridad administrativa.¹⁰⁷

Siguiendo esta línea, en materia de exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos, el artículo 2 de la Ley de Hidrocarburos dispone que el Estado –a través de sus empresas públicas- será el encargado de llevar adelante su exploración y explotación. En esta materia, la empresa pública (PETROECUADOR, por ejemplo) tiene la obligación de efectuar una consulta previa a las comunidades, a efectos de garantizar y preservar que sus actuaciones futuras guarden concordancia con la Constitución y las leyes.

Otro ejemplo que evidencia el carácter *consensual* de ciertos actos administrativos en la ejecución de proyectos, es el contemplado en el Libro VI (De la Calidad Ambiental) del Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente (TULSMA), que establece sistemas de evaluación de impactos ambientales mediante los cuales se pretende garantizar el acceso de funcionarios públicos y de la sociedad en general, a la información ambiental relevante sobre una actividad o proyecto propuesto, previo a la decisión sobre su implementación o ejecución.

respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.”

¹⁰⁷ El artículo 83 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social dispone lo siguiente: “Art. 83.- Si de los referidos procesos de consulta deriva una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente argumentada y motivada de la instancia administrativa superior correspondiente; la cual, en el caso de decidir la ejecución, deberá establecer parámetros que minimicen el impacto sobre las comunidades y los ecosistemas; además, deberá prever métodos de mitigación, compensación y reparación de los daños, así como, de ser posible, integrar laboralmente a los miembros de la comunidad en los proyectos respectivos, en condiciones que garanticen la dignidad humana.”

Estos sistemas de evaluación de impactos ambientales se ven fortalecidos mediante la *participación ciudadana*¹⁰⁸ que, en materia de gestión ambiental, se rige por los principios de legitimidad y representatividad, pudiendo plasmarse a través de los siguientes mecanismos¹⁰⁹: (i) Reuniones informativas; (ii) Talleres participativos; (iii) Centros de Información Pública; (iv) Presentación o Audiencia Pública; (v) Foros Públicos; principalmente.

El ámbito de estas disposiciones de carácter ambiental debe entenderse tanto a la iniciativa privada como a la gestión pública. En los dos casos, será el Estado, a través del órgano público competente, quien resolverá la conveniencia de ejecutar una actividad o proyecto, para lo cual se deberán considerar, en forma previa, los criterios y opiniones de las comunidades vertidos en reuniones, talleres, foros y audiencias.

Es decir, para la formación de la voluntad administrativa será necesario contar con estos insumos, previo a resolver si procede o no continuar con la implementación del proyecto, para lo cual se emitirán -en última instancia- las correspondientes licencias y permisos ambientales, que serían precisamente algunos de los actos administrativos dictados por la Administración.

En consideración al marco constitucional vigente, el desarrollo de proyectos en materia de sectores estratégicos (casi de exclusividad estatal), se realizará a través de las EP's. Por tal circunstancia, no será poco frecuente que las EP's requieran del cumplimiento de los requerimientos antes mencionados, para que sus autoridades emitan este tipo de actos administrativos, que podríamos denominarlos consensuales.

2.3.Hechos administrativos

No cabe duda que el actuar de la Administración Pública, con independencia de la forma en que se manifieste y de los efectos que produzca, se particulariza en hechos y

¹⁰⁸ El artículo 20 del Libro VI del TULSMA, establece el alcance y finalidad de la “participación ciudadana en los siguientes términos: “Art. 20.- Participación ciudadana: La participación ciudadana en la gestión ambiental tiene como finalidad considerar e incorporar los criterios y las observaciones de la ciudadanía, especialmente la población directamente afectada de una obra o proyecto, sobre las variables ambientales relevantes de los estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental, siempre y cuando sea técnica y económicamente viable, para que las actividades o proyectos que puedan causar impactos ambientales se desarrollen de manera adecuada, minimizando y/o compensando estos impactos a fin de mejorar las condiciones ambientales para la realización de la actividad o proyecto propuesto en todas sus fases. (...)”

¹⁰⁹ *Ibíd.*

actos administrativos. El hecho administrativo no es más que el resultado del quehacer de la Administración, con autonomía de su voluntad decisoria.¹¹⁰

Para nosotros, el hecho administrativo¹¹¹ es una consecuencia de la aplicación de las normas jurídicas (*deber ser*) por parte de la Administración Pública.

En el Derecho formal ecuatoriano, un antecedente que llama la atención es que la definición que sobre el *hecho administrativo* nos ofrece el ERJAFE (artículo 78) y que lo describe como “toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto administrativo previo”, es una reproducción casi textual de la definición del tratadista argentino Roberto Dromi.¹¹²

Para Dromi, el hecho administrativo, en esencia, exterioriza la función administrativa, con prescindencia de que sea el efecto ejecutorio de un acto administrativo que le antecede o que se trate, simplemente, del desarrollo de la actividad que dicha función requiere en el cumplimiento de sus cometidos propios. No impone deberes a los administrados y, por ende, no goza de la presunción de legitimidad.

Agustín Gordillo reconoce que, en la práctica, cuando se exterioriza la voluntad de la Administración, pueden existir dificultades para distinguir entre un acto administrativo y el hecho administrativo. Para efectos de diferenciarlo considera que a los actos deben atribuirse las “decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio”; mientras que los hechos consisten en “actuaciones materiales y operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa”.¹¹³

Gordillo acota que el acto administrativo se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa, que están dirigidas directamente al intelecto

¹¹⁰ Carlos F. Crespo, “Hechos Administrativos”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XIII (1991), 682-3.

¹¹¹ Conviene subrayar que, derivado del ejercicio de la función administrativa, existen también los denominados “actos de simple administración” que son declaraciones unilaterales internas, interorgánicas o interadministrativas, que producen efectos jurídicos individuales de forma indirecta; es decir, que no gozan de eficacia jurídica directa e inmediata y, por lo tanto, no son susceptibles de impugnación. Para Roberto Dromi, su forma jurídica usual de manifestarse es a través de los denominados “informes o dictámenes”, que constituyen insumos para la adopción de una decisión, resolución o declaración de voluntad de la Administración Pública.

¹¹² En efecto, Dromi, en *Tratado de Derecho Administrativo*, 195, define al “hecho administrativo” como “toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos.”

¹¹³ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, Octava Edición, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2004), III-16.

de los individuos; y, el hecho administrativo, al contrario, carece de ese sentido mental (mejor dicho, intelectual y conceptual, referido a una declaración de voluntad) y constituye nada más que una actuación física o material.¹¹⁴

Dromi coincide en resaltar esta distinción entre acto y hecho administrativo al señalar que el hecho no es una exteriorización intelectual sino material. También reconoce la posibilidad de que el hecho administrativo sea la ejecución de un acto [previo] o que simplemente sea una operación material, sin declaración, decisión o acto anterior. *Ordenar* la destrucción de una cosa es un *acto*. *Destruir* la cosa es un *hecho*. También es un hecho destruir la cosa directamente, sin previa declaración, en cuyo caso faltará el acto administrativo.¹¹⁵

Es decir, el hecho administrativo es la expresión material o técnica de la actividad administrativa, un acontecimiento. Por ejemplo, la provisión del servicio público de energía eléctrica, el funcionamiento del servicio de trolebús, etcétera.

La declaratoria de utilidad pública resuelta por el representante legal de una EP, respecto de los predios e inmuebles situados dentro de un determinado perímetro, requeridos para la construcción de una carretera o la instalación de infraestructura para el desarrollo y la ejecución de obra pública, constituye la manifestación, decisión o declaración de la voluntad de dicha autoridad de expropiar bienes de los particulares (acto administrativo), para cumplir un cometido de la Administración.

En cambio, tomar posesión sobre los predios e inmuebles o proceder al desalojo, en caso de negativa, constituyen hechos administrativos provenientes de aquel acto administrativo.

Podríamos enunciar otros ejemplos de hechos administrativos, que pueden evidenciarse en otras ramas de la Administración Pública, según su especialidad, competencia, giro del negocio, objeto o finalidad:

- La inspección y el reconocimiento detallado de bienes para establecer sus características, especificaciones y más datos.
- La colocación de carteles con una prohibición de estacionarse en la vía pública.
- La toma de inventarios de los bienes de las entidades, instituciones y EP.

¹¹⁴ *Ibíd.*, III-17.

¹¹⁵ Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, 195.

- El avalúo de muebles e inmuebles realizado por peritos.
- La entrega de anticipos en la ejecución de contratos públicos.
- El pago de remuneraciones a los servidores públicos por el cumplimiento de sus funciones.
- El cobro de peajes en una carretera concesionada.
- La ejecución de una orden de detención o de excarcelación.
- La demolición de un muro levantado contraviniendo una ordenanza municipal.
- La explotación de una cantera para la extracción de material pétreo para la construcción de una carretera.
- La emisión de una factura para el cobro del servicio público de agua potable, energía eléctrica o teléfono.

Cuando estas operaciones técnicas, actividades materiales y físicas, tienen por finalidad alcanzar el *bien común* y la *justicia distributiva*, debe entenderse que son efectuadas en ejercicio de la “función administrativa”.¹¹⁶

Los principios que rigen a las EP, contemplados en la LOEP¹¹⁷, tienen por finalidad promover y alcanzar la consecución de estos propósitos de “bien común y justicia distributiva”.¹¹⁸ Resulta lógico, entonces, entender que las EP ejercen la función administrativa y de esta forma se determina y precisa su régimen jurídico que no puede ser otro que el Derecho Público.

¹¹⁶ Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, 119.

¹¹⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas, artículo 3: “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.”

¹¹⁸ Para Rodolfo Carlos Barra, el fundamento del Derecho Administrativo se encuentra en la “necesaria relación entre el concepto del bien común, en tanto que causa final del Estado; la justicia distributiva, como matriz rectora de la concreta e individualizada adjudicación social de aquel bien, y el derecho público, es decir, la rama del ordenamiento que rige a las relaciones jurídicas que tienen como finalidad substancial a tales adjudicaciones”. Rodolfo Barra, “Tratado de Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho* (Montevideo: Universidad de Montevideo, 2005), 195.

Por lo señalado y al igual que en el caso de los actos administrativos, en aplicación de la legislación vigente en materia de empresas públicas, servicios públicos y contratación pública, es necesario realizar un ejercicio crítico para distinguir en qué casos las EP ejecutan determinados hechos con sujeción al Derecho Privado.

Siguiendo la línea de análisis que hemos efectuado en los subcapítulos 2.1. y 2.2. que nos preceden, resultaría coherente explicar que los contratos de tipo comercial, en los que se realiza una actividad de la venta de bienes y servicios por parte de una EP, generan cierto tipo de hechos que *no ostentan* el membrete de *hechos administrativos*, sino de lo que en doctrina se conocen como *hechos o hechos jurídicos*.

En palabras de Miguel Marienhoff, el “hecho jurídico es [...] cualquier evento al que el derecho le asigna una consecuencia jurídica. [...] Este precepto comprende no sólo los hechos producidos por el hombre, sino también los de origen natural”.¹¹⁹

Lo que debería considerarse para distinguir los conceptos de hechos jurídicos y hechos administrativos, es corroborar si la Administración Pública actúa en la relación contractual en ejercicio de dicha investidura y, por ende, exterioriza sus actos y hechos bajo la función administrativa.

De nuestro análisis podemos señalar que, en los negocios jurídicos en que participan las EP como proveedoras de bienes y servicios destinados al mercado (en aplicación del giro específico del negocio), no se generan ni actos ni hechos administrativos debido a que las EP no actúan en ejercicio de la facultad administrativa, sino como un proveedor más en determinado ramo del comercio.

Algunos ejemplos de hechos jurídicos producidos en la gestión de las EP dentro del ramo de provisión de bienes y servicios de carácter comercial son los siguientes:

- La suspensión y reconexión del servicio telefónico, fijo o móvil.
- La instalación del servicio de televisión por cable o satelital.
- El cambio de números telefónicos.
- El cobro de facturas por servicios.
- La emisión de un ticket aéreo.
- El envío y la entrega de correspondencia.

¹¹⁹ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 79.

- La venta de un paquete turístico.
- El desarrollo de un curso de conducción.
- La importación de equipos, partes y repuestos.

En el siguiente subcapítulo procuraremos ahondar con mayor énfasis el régimen de contratos, actos y hechos generados por las EP en sus interrelaciones jurídicas.

2.4. Régimen de contratación

Para realizar un análisis contextual del régimen de contratación en las EP consideramos válido tomar como punto de referencia a los fenómenos de “la publicización de la actividad de los particulares y la privatización de la actividad del Estado”, explicados con antelación por Alfonso Nava Negrete.¹²⁰ A nuestro criterio, la influencia de estos dos factores repercute sobre el régimen de contratos y en las actividades que desarrollan éstas personas jurídicas y que son necesarias para el cumplimiento de los fines determinados en la Constitución, en la Ley y en sus normas constitutivas.

En tal sentido, es pertinente examinar si el sometimiento de las EP al régimen de contrataciones de la LOSNCP deviene en una determinación exclusiva del régimen de Derecho Administrativo sobre los contratos que aquellas celebren. Vale recordar que el artículo 60 de la LOSNCP establece que *los contratos a los que se refiere dicha ley, celebrados por las entidades contratantes, son contratos administrativos.*

En inicio, consideramos provechoso apoyarnos en criterios doctrinales que tienen por finalidad ilustrar el *nexo natural* existente entre los contratos civiles y los contratos administrativos, atendiendo a la esencia propia de la generalidad de los

¹²⁰ Este fenómeno, en cierta medida, también es expuesto por José Luis Benavides cuando explica la doble aproximación de los Derechos Público y Privado a través de: (i) el intervencionismo público en materia contractual (en general una invasión del Derecho Público sobre el Derecho Privado); y, (ii) mediante la reducción de las prerrogativas de la Administración Pública y la promoción de relaciones “más concertadas y contractualizadas”. Sobre este segundo punto, Benavides considera que el *contractualismo* generalizado estimula relaciones más igualitarias destinadas a reducir los poderes exorbitantes de la Administración y los presupuestos económicos de la operación contractual imponen negociaciones para la resolución de los problemas surgidos en la ejecución contractual; de esta forma, la colaboración recíproca de los co-contratantes se concentra sobre el equilibrio objetivo de la transacción económica y sobre el éxito del proyecto contractual. Benavides, *El Contrato Estatal*, 32 y 36.

contratos (el acuerdo de voluntades) y al carácter especial que la doctrina jurídica otorga a los segundos.

En palabras de André de Laubadère, el contrato administrativo (denominación típica del Derecho francés), en su formulación clásica, comporta una realidad y es que ostenta un género común a cualquier otro contrato: “Sea administrativo o civil un contrato, se ha repetido frecuentemente, es siempre un contrato y, en la concepción general de nuestro derecho, esencialmente consensualista, como lo hemos recordado, la voluntad manifestada por las partes al momento de la celebración del contrato es la idea directriz a la cual el juez debe en primer lugar referirse cuando hay que determinar el contenido de las obligaciones de los contratantes en vista aplicarlas a la ejecución.”¹²¹

Siguiendo esta línea de pensamiento, Pedro José Jorge Coviello¹²² advierte que, con respecto a la naturaleza jurídica del contrato administrativo, no nos encontramos ante una realidad distinta de aquello que es común a cualquier contrato (refiriéndose a que este tipo de contrato es también un acuerdo de voluntades generador de obligaciones recíprocas). Sin embargo, entiende que la diferencia con los contratos privados radica en la existencia de ciertas prerrogativas concedidas a la Administración Pública.

Por ello, en Francia, al igual que en otros países caracterizados por su régimen administrativo, como aún en los países del *common law*, sobre la base de ese criterio fundamentalmente consensualista, no han existido inconvenientes en extender los principios del Derecho Civil a la ejecución e interpretación de los contratos administrativos.¹²³

De ahí que, a pesar de que el actual régimen de contrataciones del Estado ecuatoriano (que tiene sus raíces en el Derecho francés) se encuentra estructurado bajo un paraguas normativo de disposiciones de carácter público-administrativo, tampoco es posible desconocer que el carácter consensual de los contratos administrativos se halla impregnado de ciertos principios y elementos que tienen como base al Derecho común.

Lo dicho no implica omitir (ni mucho menos) la existencia de los elementos característicos que diferencian sustancialmente al contrato administrativo del contrato

¹²¹ André de Laubadère, *Contrats*, citado por Pedro José Jorge Coviello, “¿Contratos Administrativos o Contratos Públicos? La actualidad jurídica de los contratos estatales” (ponencia, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza, 2010).

¹²² Coviello, “¿Contratos Administrativos o Contratos Públicos?”

¹²³ *Ibíd.*

de Derecho común (por ejemplo: la inclusión de figuras como el *ius variandi*, entendida como la facultad de alterar unilateralmente condiciones no esenciales del contrato; o, de las denominadas cláusulas exorbitantes del Derecho común).

En tal circunstancia, es necesario afinar la diferencia conceptual respecto de los dos (aparentes) regímenes de contratación de las EP, establecidos en la Disposición General Primera de la LOEP.

Para ello, conviene analizar cuáles son los criterios que la doctrina jurídica y la jurisprudencia establecen para determinar en qué circunstancias un contrato es de carácter administrativo.

Partimos señalando que con el fin del liberalismo francés (en el cual no era posible sino concebir una idea de contrato expresado a través del libre juego de las voluntades particulares) también se produjo la *destrucción* o menoscabo del principio de la *autonomía de la voluntad* que fue, hasta entonces, el sostén principal de la noción básica del contrato. Aquello se debía a que los intereses de la colectividad empezaron a “cobrar” importancia en los contratos, buscándose preservar el equilibrio o la igualdad de estos intereses frente a los intereses de los particulares; para lo cual correspondía que el Estado legisle estableciendo limitaciones y prohibiciones en las relaciones jurídicas, a raíz de lo cual se sacrificó la libertad de los contratantes.¹²⁴

Es así que, en principio, la teoría predominante (post-liberalismo) era la que sostenía que la voluntad del legislador determinaría el carácter administrativo del contrato, considerando que la Administración Pública podía ejecutar actos de autoridad (en la esfera pública) y actos de gestión (privados para el cumplimiento de sus cometidos). La generalidad era –entonces- la potestad de la Administración Pública para celebrar contratos privados; la excepción, que existiese una norma legal que se refiera explícitamente a los contratos públicos de la Administración.

Posteriormente, esta teoría perdió protagonismo *versus* aquella que señalaba que para ostentar la calidad o membrete de contrato administrativo, era suficiente que el convenio se refiera a la organización o al funcionamiento de un servicio público.

La razón: El fin del Estado era organizar y asegurar la prestación de los servicios públicos y el Derecho Administrativo estaba constituido por normas que regulaban esa organización y funcionamiento. Como resultado, todos los contratos celebrados por la

¹²⁴ Nava Negrete, *Contratos Privados de la Administración Pública*, 13.

Administración, para tales fines, serían administrativos. De otro lado, el Estado podía, por excepción, someterse voluntariamente al Derecho Privado en un régimen de igualdad jurídica frente a los particulares. De esta forma, la regla general era la celebración de contratos administrativos y la excepción los contratos privados.¹²⁵

Sin perjuicio de la influencia y acogida que cada una de estas teorías haya tenido a lo largo del tiempo, algunos tratadistas¹²⁶ afirman que es incuestionable que la Administración Pública está facultada para celebrar contratos administrativos y contratos privados, en parte, obligada a emplear o a servirse de los instrumentos jurídicos que le proporcionan el Derecho Privado, debido a lo cual en determinadas circunstancias se coloca en la misma situación jurídica que los particulares.

Esta facultad de celebrar y ejecutar contratos administrativos y privados nos obliga a efectuar un ejercicio de distinción del régimen de contrataciones de la Administración Pública.

Al respecto, Alfonso Nava Negrete propone tres criterios excluyentes¹²⁷ para distinguir y determinar cuándo un contrato es de naturaleza administrativa:

Por determinación de la Ley. En principio, Nava considera que las actividades de la Administración son tan complejas, que sus relaciones jurídicas con los particulares participan de esa complejidad, a la que el jurista liga con la publicización de la actividad de los particulares y la privatización de la actividad del Estado. De ahí que resulte no poco frecuente la existencia de contratos regulados por disposiciones de ambas categorías de derechos.

Por ello, para Nava (de origen mexicano), la existencia de una prescripción normativa que establezca, a través de una ley, la regulación de la contratación administrativa, facilitaría enormemente la asignación de uno u otro régimen jurídico.

La asignación, vía ley, del régimen administrativo, también permitiría reconocer el tribunal competente para resolver los problemas surgidos de la ejecución contractual, especialmente cuando concurren normas de Derecho Público y Privado en un contrato de la Administración.

Actualmente, cierta legislación federativa mexicana tampoco ha determinado en forma explícita la naturaleza jurídica de los contratos que celebra el Estado. Sin

¹²⁵ *Ibíd.* 19 – 20.

¹²⁶ *Ibíd.*, 20.

¹²⁷ *Ibíd.*, 27 – 34.

embargo, sí ha prestablecido que el juez ante quien deben acudir los particulares para demandar la invalidez de los contratos y convenios públicos son los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.¹²⁸

En el caso del Ecuador, podríamos decir que hemos alcanzado un avance¹²⁹ en lo que concierne a la *asignación legal* del régimen jurídico de los contratos públicos. Como lo habíamos señalado, el artículo 60 de la LOSNCP dispone que *los contratos a los que se refiere dicha norma*, celebrados por las entidades contratantes, son de naturaleza administrativa.¹³⁰

Es decir, no cabe duda que los contratos que celebren las EP, por efecto de las consumaciones y adjudicaciones en cada uno de los procesos precontractuales previstos en la LOSNCP, están sometidos al régimen jurídico administrativo. La ambigüedad surge –a nuestro modo de ver- cuando revisamos el texto de la Disposición General

¹²⁸ Así lo establece el artículo 7 de la Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios (Expedida mediante Decreto Legislativo No. 85 de 03 de mayo de 2013). Es posible entender que la indeterminación surge a raíz de que esta ley de compras estatales no contempla dentro de su ámbito la contratación de “obra pública”; siendo precisamente esta una de las causas motrices, señaladas por la doctrina, para configurar el carácter administrativo de los contratos que celebran las Administraciones Públicas. Concomitantemente, el artículo 229 del Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México (Expedido mediante Decreto Legislativo No. 11 de 06 de febrero de 1997) dispone que es procedente el juicio contencioso administrativo en contra de los actos que dicten, ordenen, ejecuten o traten de ejecutar, de manera unilateral, las autoridades del Poder Ejecutivo del Estado, de los municipios y de los organismos auxiliares de carácter estatal o municipal, respecto de “contratos, convenios y otros acuerdos de voluntad que se hayan celebrado con los particulares en los renglones administrativo y fiscal”.

¹²⁹ Al respecto, la anterior Ley de Contratación Pública (Codificación 0, publicada en el Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001) no establecía de modo explícito la asignación de los contratos sometidos a dicha norma al régimen administrativo, pero sí determinaba la competencia de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo para conocer y resolver sobre las controversias surgidas de la ejecución contractual. Adicionalmente, vale indicar que la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada (Ley No. 50, publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993), en su artículo 38, ya contemplaba que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerían y resolverían todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. En dicho caso, corresponde que el administrado afectado presente su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio, siguiendo el procedimiento previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o en el Código Tributario, en cada caso. Actualmente, en el artículo 217, numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial se mantiene esta potestad de los jueces de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo (Ley 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009).

¹³⁰ En este punto es preciso puntualizar que la determinación del carácter jurídico de los contratos administrativos ha sido reconocida con antelación. No obstante esta categorización ha estado contenida en una norma de jerarquía inferior como el ERJAFE. (Artículo 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).

Primera de la LOEP (que es una norma de igual jerarquía que la LOSNCP) en la cual se admite la coexistencia de un régimen jurídico no explicitado para los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten y celebren las EP, *no relacionados* con la construcción de obra pública e infraestructura.

En la práctica, existen varias necesidades corporativas que deben ser satisfechas por las EP para el cumplimiento de sus fines constitucionales, legales e institucionales y que no están manifiestamente vinculadas con la ejecución de obra pública e infraestructura: la adquisición y arriendo de inmuebles para la instalación de oficinas y filiales; compra de mobiliario, vehículos, suministros, equipos de computación, materiales de trabajo y uniformes para funcionarios, servidores y trabajadores; provisión de servicios de limpieza, de alimentación y de transporte; contratación de consultorías especializadas en asuntos legales, financieros, comerciales, ambientales, tecnológicos, de seguridad industrial o administrativos; solo para citar unos pocos ejemplos.

Por ello, si nos limitamos al análisis exegético y formalista de la norma de la LOEP, bien podría pensarse que la aplicación de la Disposición General Primera les exenta a los administradores de las EP de la observancia de las normas y procedimientos precontractuales establecidos en la LOSNCP, *en todas las contrataciones no relacionadas con la ejecución de obra pública e infraestructura*. Siguiendo este razonamiento, deberían –entonces- emplearse las normas y procedimientos del Derecho Civil para realizar estas contrataciones.

Empero, por otro lado tenemos la prescripción normativa prevista en el artículo 1 de la LOSNCP, que traza su ámbito de aplicación y entre las cuales se hallan inmersas las EP, cuando en el numeral 5 de dicha norma se integra a los “Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado” (con la excepción prevista en el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP).

Adicionalmente, el numeral 2 (Régimen Común) del artículo 34 de la LOEP dispone que 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*.” (El énfasis nos corresponde).

De esta última norma –en particular- se puede desprender una conclusión: El *régimen de contrataciones natural de las EP es el régimen común de contratación pública*, en el cual se entienden incorporadas las contrataciones de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría; y, por lo tanto, sometidas a las normas del Derecho Administrativo.¹³¹

Esta disposición no distingue ni procura realizar una separación de regímenes jurídicos para las compras que efectúa la EP, realizando un énfasis respecto a si éstas se refieren, con exclusividad, a obra pública e infraestructura. Más aún, es concordante con la norma del artículo 60 de la LOSNCP.

Cabe preguntarnos, entonces ¿cuál fue la intención del legislador al introducir la Disposición General Primera de la LOEP?

Podríamos pensar que esta norma sigue la línea doctrinal que hemos analizado anteriormente (referida a la facultad de la Administración Pública para servirse del Derecho Privado en el cumplimiento de sus cometidos). Sin embargo, la contradicción de esta Disposición con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico es evidente.

Esta aparente antinomia origina diversas interpretaciones y, en última instancia, una deficiente aplicación del marco jurídico general podría derivar en afectaciones a la seguridad jurídica y/o en violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados.

¿La Disposición General Primera podría también entenderse como una involución en el Derecho Positivo ecuatoriano, cuando ya se había alcanzado una definición legal explícita del régimen jurídico administrativo de los contratos que celebra el Estado, en este caso a través de las EP?

Personalmente estimamos que no. Lo que la norma pretendería es establecer una distinción puntual del régimen de contrataciones de las EP, relacionado con determinadas actividades –especialmente comerciales- de su giro específico del negocio.

¹³¹ También debe señalarse que la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, establece el régimen de delegación estatal a través de contratos de concesión de uso, de servicio público o de obra pública, celebrados entre el Estado y empresas mixtas o privadas para la prestación de servicios públicos que, dada su naturaleza, pertenecen al régimen administrativo. No obstante, tanto la fase precontractual como la de ejecución de los contratos de concesión no están sometidas a las normas de la LOSNCP, sino al Reglamento General de la Ley de Modernización.

En este régimen especial podrían considerarse los denominados contratos de Derecho Privado de la Administración o “contratos de la Administración regidos parcialmente por el Derecho Privado”, como los llama Pedro José Jorge Coviello (porque, a su decir, el componente *iuspublicístico* siempre estará presente).¹³²

Como ya lo analizamos en el acápite 2.1 de este trabajo (Giro Ordinario y Giro Específico del Negocio), derivado del régimen especial previsto en el artículo 104 del Reglamento General de la LOSNCP, las EP no están obligadas a someterse a las normas de la LOSNCP y a su Reglamento General (ni a normas de mejor jerarquía), cuando sus contrataciones estén reguladas por “las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional”.

Para entender cuál es el alcance de esta dispensa, podemos mencionar algunos ejemplos de las contrataciones que están sujetas a la exención prevista en el artículo 104 del Reglamento General de la LOSNCP:

- La Ley de Hidrocarburos establece un régimen propio y faculta la celebración de contratos de asociación, de participación o de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos (PETROAMAZONAS EP); para transporte de hidrocarburos por oleoductos, poliductos y gasoductos, su refinación, industrialización, almacenamiento y comercialización (PETROECUADOR EP); y, para transporte marítimo de hidrocarburos (FLOPEC EP).
- El ex Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC, hoy ARCONEL), facultado por la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, emitió regulaciones, en apego a disposiciones normativas supranacionales de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), mediante las cuales se habilitó a la Corporación Eléctrica del Ecuador (CELEC EP) para suscribir contratos de intercambio de electricidad (importación o exportación) entre Ecuador y Perú.
- Los contratos de servicios de telefonía fija, móvil y de internet, así como los contratos para la prestación del suministro de servicio público de energía eléctrica a los consumidores, suscritos entre las EP prestadoras del servicio y las personas naturales o jurídicas (públicas o privadas), se hallan sometidos a las normas

¹³² Pedro José Jorge Coviello, “El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?”, *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 66 (2011): 170.

especiales establecidas en la Ley Especial de Telecomunicaciones, en la Ley del Régimen del Sector Eléctrico y en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

- En lo que respecta al servicio público de suministro de agua potable y medición complementaria, estos contratos se someten a las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (en cuanto a la jurisdicción coactiva) y a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; y, en cuanto al régimen de controversias, a los jueces de lo civil del lugar de domicilio de la EP que provee el servicio.
- Igualmente se entienden excluidos del régimen común de contratación, la prestación de servicios de transporte aéreo de TAME EP, que se hallan sometidos a las prácticas comerciales y normativa especial dictada por la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA).
- En general, la producción de bienes y servicios que no están considerados como estratégicos y que se ofertan al mercado en general: formación de conductores (CONDUESPOCH EP; Escuela de Conductores Profesionales ESPOL EP); productos fármacos (ENFARMA EP; FARMASOL EP); servicios postales y correos (Empresa Pública Correos del Ecuador CDE EP); turismo (Ferrocarriles del Ecuador FEEP); cementos (Empresa Pública Cementera del Ecuador EPCE); para citar unos pocos ejemplos.

Resulta lógica, entonces, la exención normativa prevista en la LOSNCP para llevar a cabo este tipo de contrataciones que, por su fin o naturaleza (actividades relacionadas principalmente con el ámbito comercial o de venta del servicio/producto), no pueden estar sometidas al régimen común de la antedicha ley.

Respecto a algunos de los ejemplos descritos, también cabría realizar un corto análisis crítico respecto a si le compete al Estado ser el promotor y ejecutor de determinados negocios jurídicos que no son obviamente un servicio público. El hecho de que la Constitución de la República haya trazado un campo difuso para el desarrollo de determinadas “actividades económicas” no debería significar restarle un margen de acción a la iniciativa privada, en determinados ámbitos que no requieran de la intervención estatal como medida de equilibrio del mercado de oferta y demanda de ciertos bienes y servicios.

Como parte del criterio legal para la determinación de la naturaleza jurídica del contrato celebrado por la Administración Pública, esbozado por Alfonso Nava, nos resta mencionar que nuestro ordenamiento jurídico contempla otro tipo de contrataciones que no se hallan inmersas en el ámbito reglamentario arriba explicado y que tampoco ostentan el carácter de contratos administrativos conforme al alcance dado por el artículo 60 de la LOSNCP.

Entre estos casos podemos citar a los contratos de comodato o préstamo de uso, contratos de donación y contratos de permuta, que están sometidos a las normas especiales previstas en el Reglamento General de Bienes del Sector Público y en el Código Civil; también los contratos de fideicomiso mercantil establecidos en la Ley de Mercado de Valores; así como los actos de comercio previstos en el artículo 3 del Código de Comercio, entre los cuales se hallan el mandato comercial, el transporte y depósito de mercaderías, el contrato de seguro, las operaciones bancarias, los fletamentos; por lo que aquellos no ostentarían el carácter de administrativos, pese a encontrarse presente el componente *iuspublicístico* en la relación contractual.

Del análisis efectuado, podemos evidenciar dos situaciones. En *primer lugar*, la redacción de la Disposición General Primera de la LOEP procura seguir una línea doctrinal de general aceptación en el campo administrativo; sin embargo, su texto debe ser mejorado, para que el espíritu de la norma sea concordante con los fines previstos en el artículo 104 del Reglamento General de la LOSNCP, relativo al giro específico.

La aclaración debería ser en el sentido que las EP estarán facultadas para suscribir contratos de Derecho Privado de la Administración o contratos de la Administración regidos parcialmente por el Derecho Privado, cuando sus contrataciones estén sujetas a las disposiciones de las leyes específicas que rigen sus actividades o por las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional o por la venta de bienes y servicios de acuerdo a su giro específico del negocio, determinándose un régimen de resolución de controversias distinto al procedimiento contencioso-administrativo.

En *segundo lugar*, la determinación legal o formal -por sí sola- es insuficiente para establecer la naturaleza del contrato administrativo.

Por libre voluntad de las Partes. La voluntad de la Administración para contratar no puede ser arbitraria, sino que nace de una potestad y de un mandato

legalmente establecido y destinado a lograr el cumplimiento de los fines estatales. Con ello se reconoce la primacía del principio de reserva legal sobre el principio de la autonomía de la voluntad.

En tal circunstancia, el primer paso para distinguir si un contrato celebrado por la Administración es público o privado, es consultar el texto legal.

Sin embargo, las resoluciones legislativas pueden atribuir el carácter de público o privado a un contrato que no necesariamente coincida con su naturaleza intrínseca, a la luz de los criterios doctrinales. También podrían existir normas de distintos cuerpos legales que son contradictorias entre ellas (como ya lo hemos demostrado). Por último, podría darse el caso de contratos que celebra la Administración sin que se especifiquen las normas jurídicas aplicables al caso (Alfonso Nava los califica como “contratos innominados” de la Administración). No obstante, estas imprecisiones, ambigüedades o antinomias no deberían impedir la aplicación del régimen impuesto por la ley.

Nava infiere, respecto de los contratos innominados, que aquellos deben sujetarse a las reglas generales del contrato o a las del contrato que tenga mayor semejanza. En nuestro caso, deberíamos remitirnos a las reglas generales de interpretación de los contratos, establecidas en el Código Civil.

En este sentido, la libre elección de las partes permitiría aplicar las reglas propias de los contratos administrativos o de los contratos privados.

Sobre este punto para André de Laubadère,¹³³ la particularidad de que las partes libremente elijan el régimen jurídico, incluyendo o no la cláusula exorbitante de derecho común, permite calificar a este criterio como una “concepción voluntarista del contrato administrativo”, si se incorporan dichas cláusulas.

Nava infiere que cuando la Administración Pública, por su voluntad y elección, celebra un contrato de Derecho Privado, no necesariamente se debe a que en dicho acuerdo no esté en juego el interés público. Aquello obedece, al contrario, a que el Estado moderno cumple determinadas funciones de carácter económico, con fines públicos, para lo cual debe acudir a la utilización de normas de Derecho Privado.

Para Nava, el sometimiento al régimen público o privado, por parte de la Administración y de su co-contratante, es posible avizorarlo a través de la identificación

¹³³ André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* (París, 1956), citado por Nava Negrete, “Contratos Privados de la Administración Pública”, 29.

de las denominadas *cláusulas exorbitantes del Derecho común* (también denominadas *cláusulas derogatorias del Derecho común*), que evidencian una superioridad jurídica del poder público que se traduce en privilegios para la Administración en los contratos y que no existen en las relaciones contractuales entre particulares.

Algunos ejemplos de cláusula exorbitante constituyen determinados privilegios en los actos jurídicos unilaterales, en los actos materiales o en los procesos de la Administración: derecho de mando; presunción de legalidad; terminación unilateral anticipada; ejecución forzada; aplicación de multas; inmunidad de jurisdicción; prohibiciones de embargos; etcétera.¹³⁴

Alfonso Nava estima que todo contrato celebrado por la Administración, en ausencia de un texto legal en que no se incluya la cláusula exorbitante, deberá considerarse como contrato privado de la Administración. En el sistema legal ecuatoriano afirmar aquello resultaría poco afortunado en virtud de que, como hemos señalado, existe un avance respecto de la aproximación y definición legal del contrato administrativo en nuestro Derecho Positivo.

No obstante, existe el criterio casi unánime de la doctrina que dicta que es suficiente la presencia de una sola cláusula exorbitante en el contrato celebrado entre la Administración y un particular, para calificarlo como contrato administrativo. Sin perjuicio de aquello, el juez debe recurrir con frecuencia a una gama de indicios para lograr tal determinación.¹³⁵

Por el Objeto o por la Naturaleza misma del Contrato. Cuando la ley no expresa el origen administrativo del contrato y tampoco se puede revelar el sentido de la voluntad de las partes, debe acudirse a la naturaleza u objeto del contrato para atender a su carácter. Este criterio es aceptado en forma unánime por la doctrina.

Un ejemplo es el contrato de obra pública que, según Nava, es indudablemente de naturaleza administrativa. De otro lado, el citado autor separa y hace una distinción respecto de los contratos de naturaleza privada, con fines públicos, como por ejemplo cuando la Administración contrata *profesionistas*. Sobre este último particular podríamos entender que esa ha sido la línea de argumento acogida por el legislador constituyente ecuatoriano al establecer un régimen especial que faculta a las empresas

¹³⁴ Nava Negrete, *Contratos Privados de la Administración Pública*, 31.

¹³⁵ Benavides, *El Contrato Estatal*, 323.

del sector estratégico público la contratación de servicios técnicos especializados con un marco de referencia basado en normas del Derecho Civil.¹³⁶

En definitiva y a pesar de que existen diversos criterios de administrativistas respecto de los elementos esenciales para determinar la naturaleza jurídica de los contratos administrativos que celebra la Administración Pública, sería bastante acertado acoger los tres criterios que propone Alfonso Nava Negrete, en forma excluyente y observando el siguiente orden de prelación: Primero, estar al texto de la ley; en su falta, entender la naturaleza propiamente del contrato; y, por último, atenerse la letra del contrato (voluntad de las partes).

Como complemento a los tres criterios excluyentes expuestos por Alfonso Nava, estimamos pertinente transcribir lo que la jurisprudencia ecuatoriana¹³⁷ ha puesto de manifiesto en lo referente a las características y al marco legal de los contratos administrativos:

[...] Nuestra legislación permite distinguir las características esenciales de los contratos administrativos, además, de los indicados en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en los Arts. 75 y 76 (R.O. 2S: 411:31.3.94). Tenemos: I. La finalidad, siempre busca lograr el bienestar público, misión sustancial del Estado, por ello se relaciona directa e inmediatamente con alguna función del Estado, comprendiendo también a las otras entidades del sector público; II. El objeto, que se contrae a cuatro especies: II.1. A la ejecución de obras, que consiste en la construcción o edificación a cuenta y riesgo del contratista para la realización de una obra pública; II.2. La prestación de servicios, entregados de manera masificada para los diversos sectores sociales o pobladores; II.3. La adquisición de bienes o contratos de suministros, que pueden ser de tracto sucesivo o por una sola vez, en atención a las bases publicadas, y, II.4. Los contratos de colaboración que se otorgan por la delegación o concesión de horas, servicios, frecuencias, así el mantenimiento de vías públicas, puertos, etc; que se lo hace durante un lapso y por medio de tarifas, facilitando la prestación de un servicio público o el uso de bienes públicos; pero siempre bajo el control de entidad concesionante; y III. Las formalidades que constituya una serie de

¹³⁶ Ecuador, Mandato Constituyente No. 8, Disposición General Primera, expedido mediante Decreto Legislativo No. 8 de la Asamblea Constituyente, publicado en Registro Oficial, Suplemento, No. 330 (Quito, 06 de mayo de 2008).

¹³⁷ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial, Año CIII, Serie XVII, No. 8, 23 de enero de 2002.

requisitos necesarios para su validez, tal el proceso reglado para celebrarlo, los informes de los órganos de control, debiendo otorgarse debidamente protocolizado. 3.3. [...]

Podríamos decir, en definitiva, que las características esenciales del contrato administrativo, determinadas por nuestra jurisprudencia, son equivalentes a los elementos esenciales esgrimidos por Alfonso Nava. La excepción vendría a presentarse en la imposibilidad de que su carácter pueda ser otorgado por la voluntad de las partes que intervienen en la contratación, en virtud de que existen formalidades del contrato administrativo que se derivan de la observancia de disposiciones legales (principalmente la establecida en el artículo 1 de la LOSNCP).

A modo de resumen y para concluir el análisis del régimen de contratos de las EP, en lo que respecta a la naturaleza de sus actividades, André G. Deloin¹³⁸ estima que las empresas públicas deben respetar las reglas de Derecho del medio donde aquellas se desenvuelven, siendo el Derecho Común indispensable en su vida comercial y financiera, puesto que público o privado, un organismo económico se encuentra frente a los mismos problemas y ante las mismas instituciones.

Por lo analizado, no resulta complicado evidenciar que la facultad de celebrar y ejecutar contratos administrativos y privados por parte de la Administración Pública, es una realidad que sobrepasa al simple enunciado que una norma jurídica de segundo orden como el ERJAFE –en su artículo 75- pretende dar a la figura del *contrato administrativo*.

2.5.Facultad reglamentaria

En relación a toda esta actividad jurídica de la que es parte la Administración Pública y que hemos revisado a lo largo de este capítulo, consideramos también pertinente explicar cuál es el alcance de la facultad reglamentaria otorgada a los representantes legales de las EP.

Para diferenciar la ley del reglamento, García de Enterría y Fernández explican que las normas reglamentarias solo pueden versar sobre asuntos administrativos, es decir, que estén directamente relacionados con el ámbito de las funciones y cometidos

¹³⁸ André G. Delion, *L'Etat et les entreprises publiques* (París, 1959), 7 y 16, citado por Nava Negrete, "Contratos Privados de la Administración Pública", 38.

que el ordenamiento jurídico confía a la Administración Pública. Por el contrario, la ley puede prestar su fuerza propia para cualquier contenido o regular todo tipo de materia.¹³⁹

Miguel Marienhoff explica que la doctrina ha reconocido cuatro clases o especies de reglamentos:¹⁴⁰ los de ejecución; los autónomos, independientes o constitucionales; los delegados; y, los de necesidad y urgencia.

Los *reglamentos de ejecución* son aquellos que, en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, emite la Función Ejecutiva para hacer posible o más conveniente la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles omitidos en éstas.

Los *reglamentos autónomos, independientes o constitucionales* son aquellos que puede dictar el Ejecutivo sobre materias de su competencia exclusiva, de acuerdo a textos o principios constitucionales; es decir, en aplicación del principio de reserva legal.

Son *reglamentos delegados* los que emite la Función Ejecutiva en virtud de una atribución o habilitación conferida expresamente por la Función Legislativa; de modo, que no emanan de la potestad reglamentaria atribuida al Ejecutivo.

Finalmente, los *reglamentos de necesidad y urgencia* tienen, igualmente, contenido legislativo. La materia sobre la cual versan es propia del legislador y su fundamento jurídico radica en el estado de necesidad y urgencia, lo cual constituye una cuestión de hecho (terremotos, incendios, epidemias u otra repentina y grave necesidad del momento, incluso de orden económico).

En cualquiera de estos casos, Marienhoff relievra la importancia de observar los principios generales del derecho (i) de reserva de ley (no podrían establecerse impuestos, configurar delitos y establecer penas, por ejemplo) y (ii) de irretroactividad de la norma.

Es evidente que la perspectiva del asunto, enfocado por el jurista argentino, radica en el establecimiento de la potestad reglamentaria en manos del Jefe de la Función Ejecutiva. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 147.13 de la

¹³⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (Madrid, 2004), 206, citados por Juan Carlos Benalcázar Guerrón en “Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados”, *Foro - Revista de Derecho* No. 13 (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2010), 31.

¹⁴⁰ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 114-124.

Constitución de la República reconoce la atribución y el deber de la Presidenta o Presidente de la República para “expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.”

De otra parte, el artículo 80 del ERJAFE, al referirse a los actos normativos, establece que aquellos constituyen toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa; y, que en apego a la Constitución, corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria.

El establecimiento de la potestad para reglamentar leyes por parte del Presidente de la República, en la Norma Constitucional -como facultad exclusiva del Ejecutivo-, también ha sido reconocido en varios fallos de Casación de la anterior Corte Suprema de Justicia¹⁴¹.

No obstante, la doctrina también ha examinado que el reglamento administrativo es una manifestación o declaración de voluntad “inherente a la función administrativa y por consiguiente a la propia Administración”¹⁴² y, en tal consideración, podría darse a entender que la aparente exclusividad de la competencia reglamentaria no solo radica en el Ejecutivo, sino en otros órganos de la Administración Pública que pertenecen a dicha Función Ejecutiva.

En nuestro caso, como lo hemos explicado anteriormente, no existe lugar para entender que la potestad para reglamentar las leyes pueda estar atribuida a otro órgano administrativo que no sea el Presidente de la República. (Salvo en materia electoral, que lo hace el Consejo Nacional Electoral).

En otro orden de cosas, sí cabe precisar, con respecto a la facultad normativa otorgada constitucionalmente a los gobiernos autónomos descentralizados (GAD's), que aquella facultad no implica que éstos tengan la calidad de legisladores locales o que en el Ecuador coexistan diversos ordenamientos jurídicos –nacional y local– como sucede en el Estado federal.¹⁴³

¹⁴¹ Ecuador, Gaceta Judicial, Año XCV Serie XVI, Nro. 2, 476. Gaceta Judicial Año XCV Serie XVI, Nro. 2, 511.

¹⁴² Dromi, *Tratado de Derecho Administrativo*, 266.

¹⁴³ Benalcázar Guerrón, “Comentarios sobre la facultad normativa”, 32.

Por lo manifestado, debemos tener presente que la facultad reglamentaria otorgada a los Gerentes Generales de las EP, en el artículo 11, numeral 8 de la LOEP, para aprobar y modificar reglamentos internos, tiene por finalidad establecer las reglas que regirán el funcionamiento y la adecuada marcha de la Empresa, sin que estas normas produzcan efectos jurídicos de carácter general. Esto significa, a nuestro modesto entender, que no se trata de un ejercicio pleno de la potestad reglamentaria.

Capítulo tercero

3. Régimen de solución de controversias

3.1. Legislación aplicable. Principio de tutela judicial efectiva y principio de seguridad jurídica

La actual indefinición legal del régimen jurídico de hechos, actos y contratos que celebran las EP, cuando no están relacionados con la construcción de obra pública e infraestructura (determinada en la Disposición General Primera de la LOEP), obliga a pensar en la posibilidad cierta de que se susciten yerros por parte de la Administración, en la aplicación de normas jurídicas que, finalmente, pueden afectar a los administrados y a quienes tengan interés directo.

Por esta razón, el régimen de solución de controversias, a ser analizado, tiene por finalidad entender cuáles son las alternativas jurídicas que disponen los administrados para hacer valer sus derechos, cuando se consideren afectados por una decisión de quienes actúan en representación de una EP. Estas alternativas tienen que ser enfocadas a partir de la combinación de regímenes jurídicos que matizan las actividades de la EP en el giro específico y ordinario del negocio (Derecho Público y Derecho Civil).

En este capítulo final nos referiremos, principalmente, a las relaciones de los oferentes o contratistas con las EP, dado que la antinomia de la norma legal surge por la indefinición del régimen jurídico en los contratos no vinculados a la ejecución de obra pública e infraestructura.

En principio, nuevamente estimamos que es oportuno recurrir al maestro Miguel Marienhoff,¹⁴⁴ quien en su Tratado de Derecho Administrativo propone una sintetizada ejemplificación de las relaciones que se suscitan entre las empresas estatales y *terceros* interesados, a quienes –explica- deben considerarse como toda persona natural o jurídica (de Derecho Privado o Público) extraña a la empresa del Estado o que formando parte del personal de ésta reclame contra aquellos derechos particulares o propios.

¹⁴⁴ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 207-8.

Con respecto a este último alcance del término, Marienhoff señala que debe reputarse *tercero*, por ejemplo, al funcionario que reclame por una corrección disciplinaria o que demanda el reconocimiento de determinados derechos como la cesantía o el despido laboral.

Añade, también, que pueden figurar los *usuarios* en el supuesto de que la empresa tenga a su cargo la prestación de un servicio público.

De igual forma, señala, deben considerarse, en tal calidad, a las diversas clases de *acreedores* de la empresa estatal, como consecuencia de sus relaciones extracontractuales, contractuales o legales.

En lo que respecta a las relaciones de la empresa con los *usuarios* del servicio público, Marienhoff coincide con el esquema conceptual analizado en el Capítulo II (2.4 Régimen de Contratación) de este trabajo, a través del cual se aprecia que las relaciones jurídicas de las EP no se limitan ni se subsumen –exclusivamente– al régimen natural de Derecho Público. En tal sentido –argumenta– dichas relaciones deben regirse por el Derecho Privado o Comercial, por ejemplo, en los contratos de servicios de telefonía fija, móvil y de internet; en los contratos para la prestación del suministro de servicio público de energía eléctrica a los consumidores; o, en la prestación del servicio público de suministro de agua potable. Enfatiza, no obstante, que no debe descartarse la obvia injerencia del Derecho Público, derivada del régimen jurídico propio del servicio público.

Es importante considerar que existen normas y derechos constitucionales que regulan estas relaciones, como el derecho de disponer de bienes y servicios de óptima calidad; el derecho de prestación del servicio; la responsabilidad extracontractual; entre otros. Estas normas son de suma importancia en nuestro país y en nuestros tiempos, porque condicionan decisivamente las relaciones entre el prestador de servicios públicos y el usuario y le dotan de un decisivo carácter público.

Marienhoff advierte que si los terceros ostentaren la calidad de acreedores de la empresa del Estado, sus recíprocas relaciones han de regirse: a) Por el Derecho Civil, por ejemplo, en el supuesto de obligaciones cuasi delictuales (responsabilidad extracontractual, que está regida en parte en el artículo 11 de la Constitución de la

República ¹⁴⁵); b) Por el Derecho Civil o Derecho Comercial o por el Derecho Administrativo o por el Derecho Laboral, en el supuesto de obligaciones contractuales; y, c) Por leyes especiales, en el supuesto de que la obligación a cargo de la empresa del Estado surja de una ley específica.

La realidad del giro ordinario y específico del negocio de las EP, sumada a la categorización de las relaciones que giran en torno a ella (ejemplificada por Miguel Marienhoff), dejan entrever que existe un marco jurídico bastante holgado que debe ser considerado para determinar el régimen de solución de controversias aplicable a las relaciones de estas empresas con terceros.

Por otro lado, esta determinación y aplicación del régimen de solución de conflictos debe asegurar –siempre y en todo caso- el derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados y a la seguridad jurídica. Para mejor claridad, consideramos necesario analizar brevemente estos dos principios jurídicos.

En primer lugar, debemos indicar que el derecho a la *tutela judicial efectiva* forma parte de los denominados derechos de protección garantizados por la Norma Constitucional en su artículo 75. Este principio ha sido desarrollado en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) ¹⁴⁶, bajo la siguiente conceptualización:

Art. 23.- PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS.- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.

¹⁴⁵ En efecto, el artículo 11 de la Constitución de la República, luego del numeral nueve determina que el “Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.”

¹⁴⁶ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 544 (Quito, 09 de marzo de 2009).

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.

El alcance conceptual del principio de tutela judicial efectiva determinado en el COFJ parecería demarcar su finalidad principal en relación a las obligaciones impuestas a los jueces y al desarrollo del proceso. Sin embargo, como lo señala Vanesa Aguirre¹⁴⁷, citando a Martín Hurtado, éste se trata de un verdadero derecho de índole constitucional, que aunque se hace efectivo a través del proceso (y que por ende está relacionado con la *garantía del debido proceso*), debe reunir condiciones *mínimas* para asegurar no solo que ese proceso sea justo, sino que la resolución que en él se profiera esté revestida de los resguardos suficientes que aseguren su eficacia, para que la decisión jurisdiccional no quede en una mera declaración de buenas intenciones.

Aguirre enfatiza que debe tomarse en consideración que la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental de configuración compleja, tiene varios contenidos: El derecho a la ejecución es uno de ellos; el derecho de libre acceso al proceso (con variados subtemas como la legitimación para intervenir en juicio, la exigencia de la debida postulación, la citación o emplazamiento, las tasas judiciales, los costos del proceso, entre otros); el derecho a que el proceso sea conocido por jueces y tribunales independientes e imparciales; a que el juicio sea resuelto rápidamente, sin dilaciones indebidas; el derecho a la asistencia profesional gratuita; el derecho a los recursos establecidos por la ley; entre otros.¹⁴⁸

En lo que respecta al derecho a la *seguridad jurídica*, el artículo 82 de la Constitución de la República, igualmente al referirse a los derechos de protección, determina que este principio se fundamenta en el respeto a la propia Constitución y en

¹⁴⁷ Martín Hurtado, *Tutela jurisdiccional diferenciada* (Lima, 2006), 41, citado por Vanesa Aguirre, “La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador, ¿Estado Constitucional de Derechos?, Informe sobre derechos humanos 2009” (Quito, Ediciones Abya Yala, 2009), 14–5.

¹⁴⁸ Aguirre, “La tutela judicial efectiva”, 15.

la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Por su parte, el artículo 25 del COFJ, dispone lo siguiente:

Art. 25.- PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.

Para el desarrollo de los subtemas que forman parte de este capítulo, es preciso aproximarnos a una categorización más práctica del concepto de seguridad jurídica, que consideramos no es totalmente apreciable en la lectura del texto constitucional y ni en el COFJ.

Para ello, nos parece oportuno recurrir al concepto aportado por el autor ecuatoriano Miguel Hernández Terán, quien manifiesta que “la seguridad jurídica, en términos amplios, es la certeza que tiene todo sujeto de derecho sobre la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico del Estado, o reconocido por éste con eficacia jurídica, y la garantía de que en caso de violación de dicho ordenamiento, la institucionalidad del país impulsa la materialización de la responsabilidad correspondiente.”¹⁴⁹

Del breve análisis efectuado a estos dos importantes principios -sobre los cuales entendemos debe reposar el régimen de controversias- pueden evidenciarse dos conclusiones. En *primer lugar*, los administrados deben disponer de normas previas, claras y eficaces que aseguren el ejercicio íntegro de sus derechos, protegiéndolos de los potenciales abusos de autoridad; y, en *segundo lugar*, los jueces y los funcionarios públicos tienen la obligación de resolver las diferencias presentadas por los co-contratantes y –además- lograr la efectiva ejecución de tales resoluciones, en aplicación de la Constitución, de los instrumentos internacionales de derechos humanos, de la ley y de los méritos del proceso.

¹⁴⁹ Miguel Hernández Terán, *Seguridad Jurídica Análisis, Doctrina y Jurisprudencia* (Guayaquil), citado por Esteban Andrés Chávez Peñaherrera, “Seguridad Jurídica en el Contrato de Concesión para la Generación de Energía Eléctrica, suscrito entre el Consejo Nacional de Electricidad - CONELEC - y la Compañía MACHALAPOWER Cía. Ltd.” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008), 44–5.

3.2.Reclamos y recursos administrativos

Como aclaración inicial debemos indicar que al tratar los reclamos y recursos administrativos lo haremos –principalmente- refiriéndonos a los mecanismos de impugnación previstos en la LOSNCP, dado el alcance, enfoque de nuestro estudio y especialidad de nuestro posgrado; sin perjuicio que podamos hacer una breve referencia a conceptos generales sobre aquellos otros mecanismos considerados en el régimen jurídico administrativo.

Es importante señalar que la LOSNCP, cuando trata sobre las reclamaciones y la solución de controversias, estructura estos temas de la siguiente forma: a) Un régimen de reclamos y recursos en la fase precontractual; y, b) Un régimen de solución de controversias durante la fase de ejecución contractual.

En este subcapítulo nos referiremos al primer régimen.

Iniciamos señalando que el artículo 173 de la Constitución de la República garantiza la impugnabilidad de los actos administrativos cuando determina que los actos de cualquier autoridad del Estado pueden ser impugnados, tanto en la vía administrativa, como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

En lo que respecta al hecho de la impugnabilidad y a los elementos propios y requisitos que deben contener los actos administrativos se han tejido varios postulados.

Nuestra jurisprudencia¹⁵⁰ relleva el hecho de que el origen único de los actos administrativos se halla en la ley y, por lo tanto, aquellos están sometidos al *principio de reserva legal*. En observancia a este principio, las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no pueden ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley. Cualquier acto realizado fuera de la ley es un acto arbitrario y, en consecuencia, de nulidad absoluta.

El reconocimiento del principio de reserva legal de los actos administrativos implica la *presunción de legalidad* de aquellos, en tanto son aplicables y producen efectos mientras no sean suspendidos o anulados por autoridad, juez o tribunal competente. La legalidad de los actos administrativos no se discute, para efectos de cumplir el acto, ni necesitan ser declarados por la autoridad administrativa que los emitió, ya que el Estado no requiere declarar como legales todas sus actuaciones o

¹⁵⁰ Ecuador, Gaceta Judicial Año CIII, Serie XVII, No. 10, 3346.

señalar que las realiza apegadas a la Constitución y demás leyes del ordenamiento jurídico, ya que tiene a su favor la presunción legal.¹⁵¹

La jurisprudencia antes citada señala que, al ser la ley el origen único de los actos administrativos, en la doctrina se maneja un criterio unánime que reconoce que aunque existieren elementos discrecionales en un acto administrativo (que efectivamente podrían existir), siempre en él se han de encontrar, cuando menos, cuatro elementos reglados: (i) La existencia misma de la potestad; (ii) Su extensión (que nunca podrá ser absoluta); (iii) La competencia para actuar, que se referirá a un ente y -dentro de éste- a un órgano determinado y no a cualquiera; y, (iv) Por último, el fin, porque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica que, en cualquier caso, tendrá que ser necesariamente una finalidad pública.

El régimen de reclamaciones contemplado en los artículos 102 y 103 de la LOSNCP tiene por finalidad establecer un control de la observancia al principio de reserva legal¹⁵² dentro de la *fase precontractual* en los procesos de contratación pública.

Aquello implica que, tanto el ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública (SERCOP) como las entidades contratantes, tienen el deber de observar que las actuaciones de la Administración Pública estén sometidas con fidelidad a los elementos reglados que hemos hecho referencia. En caso de inobservancia, están obligados a tomar las acciones correctivas correspondientes o, incluso, a resolver sobre la suspensión definitiva –en este caso- del proceso precontractual.

Un ejemplo de la inobservancia o inaplicación de los elementos reglados del acto administrativo, dentro de la etapa precontractual, suele darse cuando la entidad contratante establece determinados requisitos documentales como “requisitos mínimos” para la calificación de una oferta.

Es común observar que algunas entidades contratantes requieren a los participantes la presentación de certificados o documentos que ya han sido aportados al momento de su habilitación en el Registro Único de Proveedores, tales como: copias

¹⁵¹ Diego Humberto Chamorro Pepinosa, “Efectos de los Vicios de la Voluntad en el Acto Administrativo” (tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009), 77.

¹⁵² El artículo 102 de la LOSNCP dispone que el régimen de reclamaciones se activa cuando el interesado directo en un proceso precontractual considera la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de dicha ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el SERCOP y se hace conocer sobre tal inobservancia al SERCOP y/o a la entidad contratante.

certificadas de nombramientos de administradores; el Registro Único de Contribuyentes; escrituras constitutivas de las compañías; etcétera.

Este requerimiento y su consideración como requisito mínimo para calificar una oferta contraría las disposiciones instruidas por el SERCOP a través de sus modelos de pliegos. Por lo tanto, el hecho de expedir una resolución a través de la cual se aprueben los pliegos, incorporando una exigencia de tal tipo, implicaría la existencia de un acto administrativo con vicios de fondo, por detectarse una extralimitación de la autoridad que lo emitió.

La Administración Pública está ejercida por personas y el ser humano es susceptible de cometer errores, sean estos voluntarios o involuntarios. Estas situaciones han llevado a que el legislador opte por establecer mecanismos que resguarden el debido proceso y el respeto de las normas precontractuales en beneficio de los oferentes/participantes.

En inicio, el artículo 102 de la LOSNCP establece el marco jurídico que permite a los interesados directos en un proceso precontractual, presentar reclamaciones por las actuaciones de los representantes de las entidades contratantes en la ejecución de los procesos precontractuales:

Art. 102.- Reclamaciones.- Para todos los efectos de esta Ley, quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta Ley podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

Al término del plazo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso.

El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes.

El reclamo que trata el presente artículo, se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en esta Ley que se pueda interponer contra actos administrativos expedidos por las entidades públicas; y, las acciones judiciales previstas en la normativa vigente.

Todo esto sin perjuicio de una reclamación ante la misma entidad contratante, de así considerarlo quien tenga interés directo.

Operará la preclusión de derechos, una vez transcurridos tres días hábiles después de concluida cada fase del proceso de contratación pública.

Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.

La suspensión del proceso no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.

A raíz de la reforma de la LOSNCP del 14 de septiembre de 2013,¹⁵³ se han considerado nuevos elementos que revisten mucha importancia dentro del régimen de reclamaciones en los procesos precontractuales.

En *primer lugar*, se han otorgado algunas prerrogativas al ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre las cuales está la facultad de recibir y conocer reclamos de los *interesados directos* en dichos procesos y de disponer su suspensión, cuando existieren indicios de incumplimiento o inobservancia de las normas que rigen el proceso.

Hago énfasis en el término *interesados directos* dado que antes del cambio normativo únicamente los *oferentes* estaban habilitados para presentar reclamaciones, cuando se sentían afectados por los actos administrativos emitidos por las entidades contratantes en relación a sus ofertas, al trámite precontractual o la adjudicación del contrato.

¿Quiénes son los *interesados directos*? Cualquier persona natural o jurídica que, sin necesidad de haber ofertado, se sintiere perjudicada por una actuación de las entidades contratantes en detrimento de sus intereses con relación a un proceso precontractual.

¹⁵³ Ecuador, *Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, publicada en Registro Oficial, Suplemento, No. 100 (Quito, 14 de octubre del 2013).

Debemos tener presente que si alguien considerare que algún requisito del pliego vulnera algunos de los principios o normas de la LOSNCP, su Reglamento General o la demás normativa conexa; y, que por tal violación se estaría restringiendo su participación en el proceso, tal hecho le impediría ofertar y con ello convertirse en *oferente*. Por ello, estimamos que es atinado el cambio normativo ya que el texto anterior a la reforma era muy restrictivo en cuanto al acceso al régimen de reclamaciones.

En lo que respecta a la facultad del SERCOP de disponer la suspensión temporal o definitiva de un proceso precontractual, hasta antes de la reforma era usual que un oferente presente un reclamo ante la máxima autoridad de la entidad contratante o ante el órgano del cual emanó un acto administrativo impugnado (por ejemplo una Comisión Técnica). Tales reclamos eran también puestos en conocimiento del INCOP (hoy SERCOP) y este organismo se encargaba de solicitar aclaraciones y explicaciones a los responsables de tales actuaciones, sin que en muchos casos se hubieran justificado adecuadamente dichos actos y menos aún se los haya corregido.

Con la reforma legal, el SERCOP bien puede decidir la suspensión temporal del proceso (por siete días), emitir sugerencias para enderezar el proceso precontractual o finalmente disponer su suspensión definitiva en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la LOSNCP, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el SERCOP.

Esto obliga a que los arquitectos del proceso precontractual tomen los mejores recaudos al momento de planificar, diseñar y requerir una compra pública, evitando demoras por suspensiones en el proceso o incluso resguardándose de ser objeto de sanciones administrativas por la inobservancia de normas.

Vale acotar que la intervención del SERCOP en nada menoscaba la facultad del interesado directo de dirigir su reclamo ante la entidad contratante.

En *segundo lugar*, el artículo 102 deja a salvo el derecho de los interesados directos de presentar el recurso administrativo previsto en la LOSNCP, que es el recurso de apelación, integrado al mundo jurídico gracias a la reforma normativa del 14 de septiembre de 2013. Más adelante nos referiremos a este recurso.

Finalmente, en *tercer lugar*, como hecho relevante podemos enfatizar la introducción de una disposición legal que impide a los administrados acudir ante los

jueces de garantías constitucionales para solicitar acciones de protección, medidas cautelares y, en general, acciones constitucionales, en relación a los procesos de contratación pública, “porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley”.

Podemos argüir que este último postulado tiene un cierto toque de *lirismo*, si hacemos un ejercicio de análisis en relación a la verdadera eficacia de los tribunales de lo contencioso-administrativo y de las cortes de justicia, respecto de los tiempos que tardan en conocer, sustanciar y emitir sus fallos en el orden administrativo.

En definitiva, lo que pretendería esta reforma normativa es evitar una suspensión *antojadiza* de los procesos de contratación por reclamos en sede constitucional cuando se solicitare, como medida cautelar, la suspensión del proceso o del acto de adjudicación.

No obstante, habría que considerar que ciertamente sí podrían existir violaciones a derechos constitucionales en un proceso de contratación, por ejemplo: la discriminación de los oferentes por aplicarse maliciosamente requisitos que solo un empresario puede cumplir o la violación a la seguridad jurídica por aplicar retroactivamente normas reglamentarias. Eso haría factible la interposición de una acción de protección, de acuerdo a lo previsto en el artículo 88 de la Constitución de la República. Empero, la norma legal introducida pretende obstaculizar el acceso a esta garantía constitucional.

En la segunda parte de este subtema nos referimos al recurso de apelación. Al respecto, el artículo 103 de la LOSNCP dispone lo siguiente:

Art. 103.- Del Recurso.- El recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres (3) días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante deberá expedir su resolución, de manera motivada, en un término no mayor a siete (7) días contados a partir de la interposición del recurso.

El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo de no resolverse el recurso en el término previsto en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP suspenderá en el portal

institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar.

A primera vista podemos dilucidar que la pertinencia de presentar un recurso de apelación está supeditada a la existencia de un acto administrativo, sobre los cuales ya nos referimos en el Capítulo II (2.2) de este trabajo.

Contrario sensu de lo previsto en la norma transcrita, en el artículo 102 no se determina limitante alguno respecto a que el reclamo pueda formularse en contra de un acto administrativo, o no, dado que la norma del artículo 102 expresa que el reclamo se presentará ante cualquier indicio de incumplimiento de la LOSNCP, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa del SERCOP. El hecho de expedirse un acto administrativo que no se ajusta al ordenamiento jurídico da lugar a que se presente un reclamo por tal actuación; o, bien a que se recurra de dicho acto.

En otro aspecto, es lamentable que el artículo 103 no sea claro en cuanto a distinguir si el recurso de apelación debe presentarse ante la autoridad emisora del acto administrativo. La parte final del primer inciso parecería otorgar la atribución de expedir la resolución sobre el recurso a la máxima autoridad o representante legal de la entidad contratante, por lo que asumimos que el recurrente debe dirigir su recurso ante dicho personero.

Al igual que en la reclamación, el SERCOP adquiere la potestad de suspender indefinidamente el proceso de contratación cuando la entidad contratante no resuelve el recurso dentro del término legal (siete días).

En el anterior texto de la LOSNCP, se establecía la facultad del recurrente de optar por presentar una demanda contencioso-administrativa respecto de la resolución adoptada por la entidad contratante. En el texto actual se elimina esta facultad del recurrente, lo que no deja de llamarnos la atención.

Adicionalmente, quisiéramos hacer notar la importancia de la técnica legislativa en relación a los dos principios jurídicos que hemos venido haciendo referencia a lo largo de nuestro trabajo: la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.

El Reglamento General de la LOSNCP, particularmente en el artículo 151, incorpora el denominado recurso de reposición, que si bien es reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo de impugnación de los actos administrativos

que no ponen fin a la vía administrativa, no deja de ser preocupante que dicho recurso no esté contemplado dentro del marco jurídico de la LOSNCP, contrariando al principio de legalidad.

Este particular, sumado a las contradicciones en cuanto a los tiempos de sustanciación y resolución de los reclamos y recursos previstos en el Reglamento General de la LOSNCP en relación a dicha ley, dan fe de la importancia de construir normas que propendan a la observancia y el acatamiento de los principios de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica, para resguardar los derechos de los administrados.

En lo que respecta a los contratos suscritos por las EP bajo el paraguas del giro específico del negocio, sería lógico que el régimen de solución de controversias deba seguir al régimen jurídico aplicable a dicho contrato, por efecto de colocarse la Administración Pública (EP) en la misma posición jurídica que su contraparte privada. Es decir, las leyes específicas que rigen las actividades, las prácticas comerciales o los modelos de negocios a los que se someten estas convenciones, trazarán los mecanismos de solución de divergencias: arreglo directo; mediación; arbitraje nacional o internacional; métodos de heterocomposición (tales como juntas combinadas de disputas conformadas por expertos de la Cámara de Comercio Internacional¹⁵⁴); o, en el ámbito local, el sometimiento a la jurisdicción ordinaria (jueces de lo civil).

3.3.Procedimiento contencioso administrativo

El régimen de resolución de controversias de la LOSNCP establece, en el artículo 105 de dicho cuerpo legal, la facultad de las partes para acudir a la sede contencioso-administrativa cuando no hubieren acordado someter las diferencias contractuales a los procedimientos de mediación y arbitraje.

Estos dos procedimientos son conocidos como *mecanismos alternativos de resolución de controversias* y que, en definitiva, buscan romper la rigidez tradicional de la solución de conflictos en las relaciones contractuales en las que interviene el Estado. Estos mecanismos –que tienen por finalidad buscar arreglos directos entre la Administración Pública y los contratantes- serán abordados en el siguiente subcapítulo.

¹⁵⁴ Cámara de Comercio Internacional, *Reglamento Relativo a los Dispute Boards* (París: Cámara de Comercio Internacional, 2012).

De momento queremos referirnos al objeto litigioso en la fase de ejecución del régimen de contratación pública y al procedimiento contencioso administrativo señalado en el artículo 105 de la LOSNCP. Dado el alcance de este trabajo, nos limitaremos a exponer algunos criterios en relación a la eficacia del sistema, más que a explicar en detalle las fases del procedimiento.

La denominada *instancia única*¹⁵⁵ prevista en la LOSNCP, a diferencia del régimen de reclamaciones contemplado en los artículos 102 y 103 *ibídem*, está encaminada a resolver los conflictos en *materia contractual* suscitados entre la Administración Pública y los particulares.

El procedimiento contencioso-administrativo es, propiamente, un recurso en contra de los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado (es decir, no susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa) y vulneren un derecho o interés directo del demandante, sea persona natural o jurídica.¹⁵⁶

En el caso que nos ocupa, es pertinente aclarar que la activación del proceso contencioso-administrativo no amerita necesariamente la existencia de un acto administrativo de por medio, dado que a través de este procedimiento la pretensión del demandante consiste en exigir el cumplimiento del contrato o su terminación y, en los dos casos, la indemnización de daños y perjuicios. Lo dicho no obsta a que durante la fase de ejecución contractual se expidan actos administrativos, tales como la aplicación de multas, por ejemplo.¹⁵⁷

El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece el plazo para proponer la demanda en las causas derivadas de conflictos de índole contractual, conforme transcribimos a continuación:

¹⁵⁵ Se considera instancia única al procedimiento contencioso-administrativo porque su resolución pone fin a la vía administrativa. De la sentencia cabe el recurso de casación, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 185 del COFJ:

“Art. 185.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conocerá: [...] 2. Los recursos de casación en los juicios por controversias originadas en contratos celebrados entre el Estado o las instituciones del sector público y los particulares; [...]”

¹⁵⁶ Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, publicada en Registro Oficial, No. 338, (Quito, 18 de marzo de 1968), artículos 1 y 5.

¹⁵⁷ Edgar Neira Orellana, “El Contencioso Administrativo y el Sistema de Contratación Pública en el Ecuador”. En Consultores Estratégicos Asociados CEAS Cía. Ltda., comp., *Mecanismos de impugnación y solución de controversias con énfasis en Contratación Pública* (Quito, 2012), 70-1.

Art. 65.- El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.

En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años.

Es decir, si la demanda se refiere al hecho de impugnar un acto administrativo, como la aplicación de una multa, el término para presentar la acción precluye en noventa días contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución administrativa que es objeto de impugnación.

De otro lado, si la acción versa sobre conflictos derivados de la propia ejecución contractual como, por ejemplo, el retraso en el pago de una planilla por falta de claridad o de acuerdo en la aplicación de una fórmula de reajuste de precios, el plazo para proponer la demanda será de hasta cinco años.

Para evaluar la eficacia (cuando menos general) del procedimiento contencioso-administrativo como un mecanismo de resolución de conflictos contractuales, Edgar Neira Orellana¹⁵⁸ efectúa un análisis crítico sobre este régimen y su desenvolvimiento en la práctica judicial ecuatoriana.

Edgar Neira pone de manifiesto una realidad que no es desconocida por nadie y que tiene que ver con la obsolescencia del actual sistema contencioso-administrativo, regido por una ley promulgada en el año de 1968.

Producto de esta desactualización normativa, Neira detecta algunos aspectos relevantes a considerar.

En primer lugar, denota que la vigente ley regula un procedimiento que tiene por objeto revisar las actuaciones administrativas y que al poner en práctica dichas facultades se activa el principio de ejecutividad del acto impugnado, impidiendo la suspensión del acto por la interposición del recurso contencioso administrativo (artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) .

¹⁵⁸ Neira Orellana, “El Contencioso Administrativo”, 71-75.

Este principio, a criterio de Neira, es manifiestamente inconstitucional porque contraría al principio de tutela judicial efectiva. Y lo justifica en la medida en que debido al crecimiento del aparato estatal en los últimos cuarenta años, la actividad administrativa del Estado, sus instituciones y empresas públicas, ha acrecentado la conflictividad en el campo administrativo y contractual, multiplicándose las controversias; mientras que, por otro lado, las instituciones del sistema contencioso-administrativo han permanecido congeladas en el tiempo.

Este hecho, que vendría a justificar el alarmante retraso en el despacho de las causas que se sustancian en la sede contencioso-administrativa, vuelve poco eficaz al sistema, en detrimento de los usuarios. Por ello, ratificamos que nos parece poco reflexiva la prescripción normativa del artículo 102 de la LOSNCP en relación a que los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales “porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos”.

En segundo lugar, observa que el sistema contencioso-administrativo no ha adoptado la aplicación del principio de tutela judicial efectiva (consagrado constitucionalmente), en virtud de que el papel del órgano jurisdiccional dejó de ser el de revisor de la legalidad formal, para convertirse en uno tutelar de las posiciones jurídicas de las partes procesales. Esta asunción de competencias debería ser considerada en el nuevo esquema legislativo en materia de procesos contenciosos.

Como último punto, Neira advierte que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no regula un procedimiento específico en materia de contratación pública y lo que cabe es aplicar el procedimiento general previsto en dicha norma de acuerdo con el inciso final del artículo 65. Aquello denota que el alcance de la citada ley es muy general y abstracto, frente a una realidad actual en la que se originan conflictos contractuales de manera incontrolable e inmanejable para el sistema jurisdiccional.

En otro orden de cosas, la disposición legal del numeral 4 del artículo 217 del COFJ tampoco promueve la eficacia jurídica, ni la tutela judicial efectiva, ni menos la seguridad jurídica, porque desconoce el régimen de contratos de la Administración Pública regidos parcialmente por el Derecho Privado; asunto que ya fue examinado en el Capítulo II (2.4) de este trabajo:

Art. 217.- ATRIBUCIONES Y DEBERES.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:

[...] 4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y *de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado*; (El énfasis nos corresponde).

Esta disposición legal, que es general y no reconoce excepción alguna, implicaría un desconocimiento de una realidad que ya hemos explicado en detalle y que sugiere el hecho práctico y cierto de que la Administración Pública (y como parte de ella las EP) está facultada para celebrar contratos mercantiles sometidos a las normas del Derecho Privado.

Estos defectos normativos, sumados a la indeterminación que se evidencia de la aplicación de la Disposición General Primera de la LOEP, acrecientan la incertidumbre jurídica.

Por ello y volviendo al asunto principal de nuestro estudio, consideramos que es necesaria una reforma legal que establezca que el alcance de la citada Disposición General se enlaza con el régimen especial aplicable a las EP (determinación del giro específico del negocio), que les permite suscribir contratos de Derecho Privado de la Administración o “contratos de la Administración regidos parcialmente por el Derecho Privado” y a través de la cual se determine un régimen de resolución de controversias distinto al procedimiento contencioso-administrativo, conforme ya lo hemos hecho notar en la parte final del subcapítulo 3.2 de este trabajo.

Estimo que la reforma normativa del artículo 217, numeral 4 del COFJ, también debería delimitar la facultad de las juezas y jueces que integran las salas de lo contencioso-administrativo, en el sentido que la competencia para conocer y juzgar las controversias, relativas a los contratos suscritos por los particulares con las EP, radicaré

únicamente cuando se refieran a contratos de naturaleza administrativa y, por lo tanto, derivados de la ejecución de obra pública o de la prestación del servicio público (diferenciando de las actividades comerciales en las cuales las EP actúan como proveedoras de bienes y servicios).

Finalmente y a modo general, cuando nos referimos a la impugnación de actos y hechos administrativos que producen las Empresas Públicas, en otros ámbitos no derivados del régimen de contratación pública, son pertinentes las reclamaciones y recursos contra dichos actos y hechos administrativos en la vía judicial (por vía contencioso-administrativa), cuando el fundamento de la impugnación es la legalidad.¹⁵⁹

3.4.Mecanismos alternativos de solución de conflictos

La finalidad de abordar los mecanismos alternativos de solución de controversias, aplicados a la gestión de conflictos en las relaciones entre las EP y los administrados, es identificar la pertinencia de su ejercicio y vigencia, en consideración a la variedad de situaciones que pudieren presentarse por motivo del sometimiento de dichas relaciones tanto al Derecho Público como al Derecho Privado, considerando el alcance planteado en el acápite 3.1. (Legislación Aplicable) de este trabajo.

Partiendo del análisis teórico, Luis Felipe Aguilar,¹⁶⁰ citando a Highton y Álvarez, explica que existen dos formas primordiales de resolución los conflictos. La primera contempla a los denominados métodos adversariales y a los no adversariales.

Los métodos adversariales son aquellos en que: (i) las partes están enfrentadas y son contendientes; (ii) un tercero sule la voluntad de las partes y toma la decisión; (iii) si una de ellas gana, la otra necesariamente pierde; y, (iv) la decisión que pone fin al litigio se basa en la ley o el precedente, por lo que necesariamente se resuelve satisfaciendo el interés de las partes.

¹⁵⁹ El artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado dispone: “Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso [...]”.

¹⁶⁰ Luis Felipe Aguilar Feijoó, “La materia transigible en la Mediación del Sector Público” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008), 13-4.

Por otra parte, en los métodos no adversariales las partes: (i) actúan juntas y cooperativamente; (ii) ellas mantienen el control del procedimiento y acuerdan la propia decisión; (iii) se benefician con la solución que juntas han creado; y, (iv) la decisión a la que arriban resuelve el problema de conformidad con sus propios intereses, sin importar la solución jurídica o los precedentes judiciales.

La segunda forma de resolver conflictos citada por Luis Felipe Aguilar -similar en las características a la anterior clasificación- es la relativa a los denominados métodos de heterocomposición y de autocomposición. Los primeros se determinan por la intervención directa de un tercero en la resolución de un conflicto (un juez, un árbitro o una autoridad); y, en la autocomposición, se resuelve por la actuación de las partes contradictorias que crean su propio acuerdo, a través de la negociación, la mediación, la transacción o la conciliación.¹⁶¹

Aguilar señala que, si bien el método clásico -si se quiere dogmático- de solución de controversias, es aquel que se somete ante el juez, es decir, ante un tercero imparcial revestido de autoridad dentro de la estructura judicial, frente a éste han surgido los denominados métodos alternativos de solución de conflictos, que actúan fuera de la decisión judicial y que pretenden resolver una disputa a través de mecanismos que en su forma básica pueden ser reconocidos como *negociación, conciliación, transacción, arbitraje y mediación*. En tal consideración, la calificación de *método alternativo* se refiere no únicamente a la ausencia de ocupación de la estructura judicial, sino también a las formas no convencionales de terminación de los juicios, como es el caso de la conciliación o de la transacción.¹⁶²

En cuanto a lo formal, como premisa general debemos indicar que la Constitución de la República (artículo 90) reconoce *el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos* para la solución de conflictos.

La norma constitucional establece y delimita que, en materia de contratación pública, procederá el arbitraje en derecho y previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado.

Siguiendo esta línea, el artículo 11 (Del arbitraje y la mediación) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone lo siguiente:

¹⁶¹ Aguilar Feijoó, “La materia transigible en la Mediación del Sector Público”, 15.

¹⁶² *Ibíd.*, 13–7.

Art. 11.- Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.

De otro lado, en el Título V (De las Reclamaciones y Controversias), Capítulo II (De la Solución de Controversias), el artículo 104 (Métodos Alternativos de Solución de Controversias) de la LOSNCP dispone que, de existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del *proceso de ejecución*, se podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.

Es decir, en lo que respecta a los contratos administrativos, a pesar de que la norma constitucional reconoce *otros procedimientos alternativos* de resolución de controversias, la LOSNCP es restrictiva y establece que únicamente podrán someterse las diferencias a la mediación y al arbitraje; esto, cuando las partes renunciaren expresamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Igualmente, de la lectura del artículo 105 de la LOSNCP podría colegirse que este cuerpo normativo promueve la aplicación de la mediación y el arbitraje en los conflictos contractuales (por sobre la judicialización de aquellos), conforme se aprecia de su texto:

“Art. 105.- Instancia Única.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo

Contencioso Administrativo, aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”¹⁶³

Podría entenderse –de una lectura inicial de la norma legal transcrita- que la facultad de las partes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa debería ser residual. Esto quiere decir, que la decisión de acudir a la sede judicial sería procedente únicamente cuando los co-contratantes no hubieren acordado someter sus diferencias a los procedimientos de mediación o arbitraje, lo que en última instancia se constituiría en una garantía del debido proceso que pretende beneficiar a la parte *más débil* en la relación contractual; al menos, en lo que se refiere a la diligencia y celeridad de atender los reclamos que los contratistas presentaren durante esta etapa.

Esta iniciativa legal pretendería, además, descongestionar el sistema judicial. Sin embargo, como veremos adelante, no siempre se alcanza un grado satisfactorio de eficacia de la ley, en muchos casos, debido a la irregular aplicación o desarrollo de normas secundarias que suelen torcer el espíritu y finalidad para la cual fueron gestadas las primeras.

Además, en la actualidad se ha cuestionado el papel y la eficiencia del arbitraje en relación al tiempo de tramitación y los costos asociados (peritajes, honorarios de abogados y árbitros, gastos generales, entre otros)¹⁶⁴, en razón de que el objetivo primordial de este procedimiento alternativo era –justamente- hacer más eficaz y menos onerosa la solución de controversias en los contratos en que intervienen privados con el Estado.

Dado el enfoque contemplado en las normas legales que hemos transcrito y para los fines de este estudio, nos referiremos en este acápite exclusivamente a los procedimientos de mediación y arbitraje.

¹⁶³ El Reglamento General de la LOSNCP (expedido a través de Decreto Ejecutivo No. 1700, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009) también determina esta prevalencia de la utilización de métodos alternativos de solución de conflictos por sobre la sustanciación de controversias en sede contencioso administrativa:

“Art. 163.- Contencioso Administrativo.- De no pactarse cláusula compromisoria o no acordarse ventilar mediante solución arbitral, las controversias se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción en el domicilio del demandado, observando lo previsto en la ley de la materia.”

¹⁶⁴ Nicolás Gamboa Morales, *Los Costos del Arbitraje*, (ponencia, “Seminario de Arbitraje Internacional en América Latina - Revisión de los Conceptos Básicos, 10mo Aniversario”, Cámara de Comercio Internacional, Miami, 11 a 13 de noviembre de 2012).

En lo que respecta a la finalidad del procedimiento de mediación, la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁶⁵ dispone lo siguiente:

Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

José Javier Guamán¹⁶⁶ señala que la mediación, como método no adversarial de resolución de conflictos, es un procedimiento que lejos de intentar suplantar la actuación jurisdiccional puede funcionar como herramienta auxiliar de la justicia, en todos aquellos supuestos en que las dos partes pueden disponer libremente de sus bienes y derechos, con el objeto de poner fin a la lucha que les enfrenta.

Nuestra legislación da a la mediación el carácter extrajudicial y definitivo al conflicto, a través del acta de mediación, ya que este instrumento tiene el carácter de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, poniendo fin al conflicto, lo que obliga al acatamiento de las partes; caso contrario, se la ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio.¹⁶⁷

Luis Felipe Aguilar¹⁶⁸, citando a Berenice Olivo, distingue las etapas que rodean al procedimiento de mediación, de la siguiente forma:

- Etapa de contacto. Las partes en conflicto realizan los actos conducentes a someter su controversia al proceso de mediación. A saber, el artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que la mediación procede cuando: a) Exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación; b) Sea a solicitud de las partes o de una de ellas; y, c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.

¹⁶⁵ Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, Codificación No. 14, publicada en Registro Oficial, No.417, (Quito, 14 de diciembre de 2006).

¹⁶⁶ José Javier Guamán Burneo, “La mediación como requisito previo para descongestionar a la justicia ordinaria en cuestiones de interés público” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011), 9.

¹⁶⁷ Guamán Burneo, “La mediación”, 18.

¹⁶⁸ Aguilar Feijóo, “La materia transigible en la Mediación del Sector Público”, 21–2.

- Etapa de contexto. El mediador explica a las partes el procedimiento de mediación y las reglas de juego: el poder inherente a las partes que construyen su acuerdo, así como las posibles consecuencias (la firma del acta de acuerdo, un acuerdo parcial o la imposibilidad del mismo).
- Etapa de los hechos. Las partes realizan su exposición del conflicto, efectúan declaraciones, ponen de manifiesto su posición y sus circunstancias.
- Etapa de alternativas. El mediador, dentro del marco de la neutralidad, explora junto con las partes y siempre permitiendo que ellas sean las que creen los acuerdos, las posibles soluciones o alternativas al conflicto.
- Etapa de negociación. Es la última etapa del procedimiento, en que las partes negocian las posibles alternativas de solución, con el apoyo del mediador. Concluida esta fase (según lo dispuesto en el artículo 47 de la ley de Arbitraje y Mediación) termina el proceso de mediación. Se formaliza con la firma del acta en la que conste el acuerdo total o parcial o, en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

Un asunto de fondo que siempre debe ser considerado cuando se pretenda optar por el procedimiento de mediación consiste en la importancia del reconocimiento de las materias que son susceptibles de transigir. Y es que la materia transigible –al igual que en el procedimiento de arbitraje- es un aspecto de alta trascendencia, en tanto versa sobre la disponibilidad de derechos; con el agregado que en nuestro tema de estudio uno de los intervinientes en la mediación es la Administración Pública. Al respecto, es una opinión generalizada de la doctrina el hecho de que las potestades públicas no son susceptibles de transacción.¹⁶⁹

Refiriéndonos a ésta última, Luis Felipe Aguilar¹⁷⁰ explica que la transacción es una declaración de voluntad y que comparte la misma naturaleza de todo negocio jurídico. Entre sus particularidades señala las siguientes:

¹⁶⁹ Por tal motivo y ante la ausencia de una norma legal que distinga cuáles son las materias susceptibles de transacción por parte de la Administración Pública, debemos entender que la prerrogativa concedida al Procurador General del Estado en la letra f) del artículo 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, tiene por finalidad realizar un análisis sobre el fondo de la materia controvertida (indeterminada o superior a los US\$ 20,000) y autorizar el desistimiento o transacción.

¹⁷⁰ Aguilar Feijoó, “La materia transigible en la Mediación del Sector Público”, 23–25.

- Pone fin al juicio. Según el artículo 2348 del Código Civil, la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. La mera renuncia de un derecho que no se disputa no constituye transacción.
- Tiene el efecto de cosa juzgada en última instancia, es decir, puede sustituir a la sentencia; lo cual es concordante con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación, al referirse al acta de mediación.
- En general, como todo acto y declaración de voluntad, para su validez requiere cumplimentar los requisitos establecidos en el artículo 1461 del Código Civil, a saber: a) Capacidad; b) Consentimiento libre de vicio; c) Objeto lícito; y, d) Causa lícita.

De lo visto bien podemos señalar que la transacción o desistimiento de un pleito, por parte del representante legal de una EP, aun cuando éste no se hubiere originado por la ejecución de un contrato que no está relacionado con la ejecución de obra pública o infraestructura (es decir, en los casos que, por su giro específico del negocio, tiene la investidura de proveedora de bienes y servicios comerciales y, por ende, se sitúa en la misma posición jurídica que un particular), debe necesariamente ser autorizados por la Procuraduría General del Estado (cuando supere los US\$ 20,000), a pesar de que en estos últimos contratos no esté en juego la transigibilidad de las potestades públicas.

Pasando a revisar el arbitraje –como el otro procedimiento relevante de solución de controversias contemplado en la LOSNCP-, el doctor Fausto Albuja Guarderas¹⁷¹ manifiesta que su procedencia, en contratación pública, está sujeta a las siguientes consideraciones:

- Que la materia sea por su naturaleza transigible. Es decir, que el arbitraje se refiera a cuestiones patrimoniales y no a la legalidad de los actos administrativos (actos de autoridad estatal o las potestades públicas, como lo señalamos anteriormente). Si bien la Ley de Arbitraje y Mediación y la LOSNCP no han previsto limitaciones

¹⁷¹ Fausto Albuja Guarderas, “El arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en la Contratación Pública”. En Consultores Estratégicos Asociados CEAS Cía. Ltda., comp., *Mecanismos de impugnación y solución de controversias con énfasis en Contratación Pública* (Quito, 2012), 55-61.

sobre las materias que se consideran arbitrables, doctrinariamente y en el ejercicio comparado se ha llegado a la conclusión que no son transigibles los aspectos propios relacionados con las facultades exorbitantes de la Administración Pública dentro de la contratación estatal, a saber: la imposición unilateral de sanciones pecuniarias, las terminaciones unilaterales del contrato, por ejemplo.¹⁷²

- Que el arbitraje sea en Derecho. Según el artículo 3 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, los árbitros deben ser abogados y se atenderán a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina.
- Que exista pronunciamiento previo y favorable de la Procuraduría General del Estado. Esta formalidad debe cumplirse, por mandato constitucional, antes de la celebración del contrato que contiene la cláusula arbitral o luego de surgida la controversia. Cuando se hubiere pactado un convenio arbitral¹⁷³, deberán observarse los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación.
- Que la relación jurídica sea de carácter contractual. Es decir, que cualquier divergencia surgida antes de la celebración del contrato no puede ser sometida al arbitraje. Esta es, probablemente, la principal diferencia con el régimen de reclamos y recursos.
- Que la cláusula compromisoria determine la forma de selección de los árbitros. Es decir, deberá establecerse el número de árbitros que integrarán el tribunal (o si se acordará la intervención de un solo árbitro) y determinar a qué centro de arbitraje deben pertenecer o si serán árbitros independientes.
- Que se establezca la renuncia expresa de la jurisdicción ordinaria por la persona de la entidad pública autorizada para celebrar contratos a nombre de ella. En el caso de

¹⁷² Jorge Luis González Tamayo, “Arbitraje y Contratación Pública en Mecanismos de impugnación y solución de controversias con énfasis en Contratación Pública”. En Consultores Estratégicos Asociados CEAS Cía. Ltda., comp., *Mecanismos de impugnación y solución de controversias con énfasis en Contratación Pública* (Quito, 2012), 44.

¹⁷³ Bernardo Cremades, reconocido árbitro internacional, señala la importancia del *convenio arbitral* al manifestar que la consolidación del arbitraje en un sistema jurídico corre inevitablemente en paralelo con el reconocimiento y regulación que se haga de este convenio, ya que éste presupone una “cristalización concreta del principio de la autonomía de la voluntad”. Por ello hace énfasis en la importancia de una redacción clara y completa del convenio, que integre el lenguaje (idioma), la sede, la ley aplicable al fondo, el concreto procedimiento a seguir, la adopción de medidas cautelares, etcétera. Bernardo Cremades, *Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral* (Madrid, 2011), 675-6. El principio de autonomía de la voluntad, como hemos visto, constituye la antítesis del principio de subordinación en los contratos administrativos. Sin embargo, nuestra legislación ha tratado de compatibilizar las dos posiciones a efectos de asegurar una resolución pronta y menos desgastante de las divergencias en la ejecución de contratos públicos, al menos en la teoría.

las EP, el funcionario o autoridad competente para comprometer en arbitraje es el Gerente General, quien es el llamado a ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la empresa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la LOEP.

Es decir, el arbitraje propone un sinnúmero de requisitos para que pueda llevarse a desarrollo y se vuelve, hasta cierto punto, inflexible para que los contratantes alcancen resultados beneficiosos en el corto plazo, contrario a lo que se pretendería.

Estos dos métodos alternativos de solución de controversias pueden ser igualmente admisibles cuando la Administración Pública somete sus relaciones contractuales al Derecho Civil o Comercial. Al respecto, se requiere que las instituciones, entidades o empresas públicas observen los requerimientos de norma establecidos en el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y en los artículos 4 y 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Ahora bien, como reflexionamos hace un momento, el espíritu de la LOSNCP sería estimular y promover la aplicación de los métodos alternativos de solución de controversias. En la práctica, la aplicación de este mandato legal estaría sucediendo en relación inversa a la fórmula originalmente planteada.

Para muestra, la vigente Versión 1.1 de los “Modelos y Formatos de Documentos Precontractuales y Contractuales para la Ejecución de Obras, Adquisición de Bienes y/o Prestación de Servicios, Incluidos los de Consultoría”, aprobados¹⁷⁴ por el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), de observancia obligatoria para los organismos, entidades, personas jurídicas y empresas públicas descritas en el artículo 1 de la LOSNCP, en el anexo de “Proyecto de Contrato” contiene una cláusula de “Solución de Controversias”, que debido a la vinculación con nuestro tema de investigación, consideramos pertinente transcribirla:

Cláusula Duodécima.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

¹⁷⁴ Resolución No. RE-SERCOP-2014-000004 expedida el 20 de febrero de 2014, en aplicación de la facultad dispuesta en el artículo 27 de la LOSNCP: “Art. 27.- Modelos Obligatorios.- Serán obligatorios los modelos y formatos de documentos pre contractuales, y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, que serán elaborados y oficializados por el Servicio Nacional de Contratación Pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado.”

12.1 Si respecto de la divergencia o controversia existentes no se lograre un acuerdo directo entre las partes, *éstas se someterán al procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*; siendo competente para conocer la controversia el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio de la Entidad Contratante.

(*En caso de que la entidad contratante sea de derecho privado*, la cláusula 13.1.- (sic) “Solución de Controversias dirá: Si respecto de la divergencia o controversia existentes no se lograre un acuerdo directo entre las partes, *éstas recurrirán ante la justicia ordinaria del domicilio de la Entidad Contratante*”. (El énfasis nos corresponde).

Lo transcrito nos deja como resultado dos importantes conclusiones. En *primer lugar*, el ejercicio de la facultad regulatoria otorgada al SERCOP a través del numeral 8 del artículo 10 de la LOSNCP,¹⁷⁵ de aprobar los modelos y formatos de documentos precontractuales y contractuales, ha limitado y restringido la aplicación de la mediación y el arbitraje en la solución de controversias en contratación pública. Los modelos obligatorios del SERCOP conminan a los organismos, entidades, instituciones y empresas públicas, a someterse al procedimiento contencioso administrativo.

Siendo obligatoria la aplicación de estos modelos contractuales, consultamos: ¿Cuándo sería procedente que las partes puedan someterse a los procesos de mediación y/o arbitraje? Considero, personalmente, que resulta riesgoso para quienes representan a la Administración Pública el decidir someterse a un régimen de solución de divergencias diferente al dispuesto por el SERCOP, fundamentalmente si se consideran que tales decisiones y sus resultados pueden ser objeto de observación por parte de las entidades de control.

En la práctica también será poco probable que la Administración Pública (o su contraparte) pueda someterse al procedimiento arbitral, mientras no se incorpore y

¹⁷⁵ “Art. 10.- El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).- Créase el Servicio Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General o la Directora, quien será designado por el Presidente de la República.

El Servicio Nacional de Contratación Pública ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a las siguientes atribuciones:

[...] 8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado; [...].”

suscriba el correspondiente convenio arbitral, a la par de la suscripción del contrato propiamente.

Este ejemplo es una muestra de la facilidad con la que determinadas autoridades y funcionarios públicos pueden encaminar sus actuaciones a efectos de limitar el ejercicio de los derechos por parte de los administrados, a costa del beneficio (en este caso procesal) de la Administración Pública. Deben considerarse los tiempos demasadamente prolongados de resolución de conflictos en manos de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo. Además, debe tomarse en cuenta que existe un tiempo adicional para obtener una resolución en firme, cuando los fallos son susceptibles del recurso de casación. Por lo tanto, el panorama es poco alentador, si se espera una resolución pronta.

Por ello, el papel de la Procuraduría General del Estado, en su responsabilidad de emitir un pronunciamiento previo favorable es substancial cuando las partes contratantes han decidido someter una controversia al arbitraje, ya que en el examen sobre el fondo de la petición debería considerarse el marco constitucional, legal y reglamentario¹⁷⁶ que habilita para acudir a éste y a otros métodos de resolver controversias.

En *segundo lugar*, un asunto que parecería pasar desapercibido, pero que tiene mucha relevancia, consiste en que la máxima autoridad de la contratación pública del

¹⁷⁶ En efecto, el Reglamento General de la LOSNCP reitera y regula la utilización de mecanismos de solución directa de controversias:

“Art. 160.- De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias.- Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

Art. 161.- De la cláusula compromisoria.- En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables. Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje.

Art. 162.- Del compromiso o convenio arbitral.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado.

En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo.”

país, contraviniendo lo dispuesto en la LOSNCP, habría desconocido –tácitamente- el hecho de que los contratos suscritos entre personas jurídicas de derecho privado (entiéndase, para el efecto, a las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles y las empresas mercantiles que poseen o manejan recursos públicos, descritas en los numerales 7 y 8 del artículo 1 de la LOSNCP) y los particulares, son contratos administrativos; probablemente porque que en dichas convenciones ninguno de los contratantes estaría en ejercicio de la función administrativa¹⁷⁷ y, por tal circunstancia, ha determinado que será *la justicia ordinaria* la competente para resolver las controversias suscitadas entre estas las partes.

La particularidad de determinar la competencia para resolver conflictos en materia contractual en manos de la justicia ordinaria (para este caso, entiéndase a jueces de lo civil), cuando el contrato es suscrito por una de las personas jurídicas señaladas en el párrafo anterior, plantea una alternativa jurídica que no está prevista ni en la LOSNCP ni en su Reglamento General (con la salvedad de la determinación del giro específico del negocio que, justamente, por su aplicación excluye las contrataciones del ámbito de la LOSNCP, su Reglamento General y las resoluciones del SERCOP).

Vale recordar que el artículo 60 de la LOSNCP dispone que todos los contratos a los que se refiere dicha Ley –celebrados por las Entidades Contratantes- son contratos administrativos. La norma no realiza un ejercicio diferenciador. Más aún, el numeral 12 del artículo 6 de la misma LOSNCP, define como *Entidades Contratantes* a los organismos, las entidades *o en general las personas jurídicas previstas en el artículo 1 de dicha Ley*.

Por ende, en el ejercicio exegético legal deberíamos considerar que las partes suscriptoras de estos contratos únicamente podrán someter sus diferencias a los

¹⁷⁷ Sobre el tema, Jorge Luis González señala que la LOSNCP incluye, dentro de su ámbito, a las personas jurídicas de derecho privado que pueden actuar como entidades contratantes y que deben someterse al régimen público contractual, enfatizando que este tratamiento sigue una línea de corte “finalista” que, a su decir, sostiene que el contrato administrativo es tal en la medida en que responde a un interés público; en contraposición con las teorías “subjetivistas” que señalan que la esencia del contrato administrativo es que una de las partes contratantes esté en ejercicio de la función administrativa. González Tamayo, “Arbitraje y Contratación Pública en Mecanismos de impugnación y solución de controversias con énfasis en Contratación Pública”, 38. Por ello, resulta difícil entender por qué el SERCOP, al momento de introducir la cláusula que somete las controversias a la jurisdicción ordinaria, estaría siguiendo una línea subjetivista, en contradicción con la línea conceptual de la vigente LOSNCP (de corte finalista u objetiva).

procesos de mediación, al arbitraje o –por último- a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Estimamos que, a pesar de que los contratantes hubieren pactado el sometimiento de sus controversias contractuales a la justicia ordinaria (derivado de la disposición del SERCOP, a través de los modelos de aplicación obligatoria), al ser una cláusula patológica, difícilmente los jueces de lo civil podrían avocar conocimiento y resolver sobre tales reclamaciones, en consideración a que la naturaleza de dichos contratos está predefinida en el artículo 60 de la LOSNCP.

Por lo analizado en estos dos hechos, bien podemos afirmar que la disposición regulatoria emitida por el SERCOP es contraria al ordenamiento jurídico vigente y atentatorio a los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva. Al emanar dicha norma de un acto administrativo, cabe su impugnación en sede administrativa o judicial.

3.5.Comentarios generales en relación a la impugnación de los actos administrativos emanados de las EP

Para finalizar esta investigación considero apropiado realizar una revisión general del régimen de impugnación de los actos administrativos determinado en el Estatuto Orgánico del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y concluir si estas normas son aplicables al régimen jurídico de las EP.

Como hemos indicado anteriormente, el ERJAFE es una norma que tiene por finalidad instituir –principalmente- la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva.

A nuestro modo de ver, esta situación de dependencia ha sido malentendida en muchos sectores de la Administración Pública ecuatoriana y también por parte de los propios administrados.

El hecho fáctico de que una EP sea constituida por un órgano de la Función Ejecutiva (entiéndase la Presidencia de la República, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 5 de la LOEP), no deviene necesariamente en la relación de dependencia a que hace relación el ERJAFE.

La confusión surge, también, a raíz de lo señalado en el ERJAFE en varias de sus disposiciones, algunas de las cuales me permito transcribir:

Art. 2.- AMBITO.- Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;

b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;

c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado; y,

ch) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.

[...] En cualquier caso en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente estatuto. (El énfasis nos corresponde)

Art. 6.- CARACTERISTICAS.- *Las entidades, organismos y empresas del sector público dependientes, adscritos o controlados por los dignatarios de la Función Ejecutiva se caracterizan, en general, por ser creados, modificados y extinguidos por acto de poder público; tener como propósito facilitar el cumplimiento de determinados servicios públicos, el ejercicio de actividades económicas o la realización de determinadas tareas de naturaleza pública con el fin de satisfacer necesidades colectivas; gozar del ejercicio de autoridad para el cumplimiento de sus propósitos; y estar financiados por recursos públicos. (El énfasis nos corresponde)*

Art. 7.- DE LA ADMINISTRACION PUBLICA INSTITUCIONAL.- La Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, *a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad.*

En forma expresa deberá indicarse su organización y el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual se adscriben, el que ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisonal, sin perjuicio de la autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes. (Destacados añadidos).

El contexto normativo del ERJAFE –como se ha indicado anteriormente en este trabajo- es el reflejo de la actividad de la Administración Pública desarrollada en un momento histórico, político y económico distinto al actual. Hoy en día, en el Ecuador, existe ya una legislación especial y específica que rige la actividad de las EP.

En consideración a este contexto estimamos que la redacción del artículo 6 del ERJAFE hace alusión a las “empresas del sector público dependientes, adscrit[a]s o controlad[a]s por los dignatarios de la Función Ejecutiva”, en lugar de señalar directamente a las *empresas públicas*. La distinción entre unas y otras ya ha sido expuesta ampliamente en el primer capítulo de esta tesis.

Igual apreciación podemos hacer en referencia a las otras normas del ERJAFE que determinan que la Función Ejecutiva está conformada por personas jurídicas del sector público autónomas “cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central”; o, que la Administración pública institucional está conformada por entidades de derecho público que tienen por finalidad la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos.

En primer lugar, el hecho de que el Directorio de una EP esté presidido por el Ministro del ramo o por su delegado; por el titular del organismo nacional de planificación o su delegado; y, por un miembro designado por el Presidente de la República, no implica –en modo alguno- que la EP pertenezca a la Administración Pública Institucional, en los términos señalados en el ERJAFE, como ya veremos más adelante.

El artículo 7, al referirse a la Administración Pública Institucional, señala una prescripción normativa abiertamente contraria a la prevista en el artículo 4 de la LOEP (norma jerárquicamente superior al ERJAFE, valga decir), cuando se menciona que será el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual se adscriben, el que “ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisonal, sin perjuicio de la

autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes.” El artículo 4 de la LOEP dispone que las EP son personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión.

Las EP, como parte de su estructura organizacional, cuentan con un órgano de dirección y administración que es su Directorio y que está encargado de velar por el cumplimiento de las políticas, metas y objetivos empresariales. Aplicar en forma taxativa lo dispuesto en el inciso final del artículo 7 del ERJAFE, implicaría restarle competencias al cuerpo colegiado; debiendo considerarse –además– que la LOEP ha definido un régimen propio de control y auditoría en el artículo 47.¹⁷⁸

En segundo lugar, otro aspecto que resulta necesario traer a colación para el análisis del contexto normativo y regulatorio del ERJAFE, en relación a las EP, es el señalado en los *considerandos* de la LOEP. En ellos se hace referencia a que el *sector público*, de conformidad con el artículo 225 de la Constitución de la República, comprende, entre otros, a: “3) Los organismos y entidades creados por la Ley para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado;”. Esta referencia de la parte considerativa de la ley está ligada explícitamente al objeto y finalidad de la EP, determinados en los artículos 315 de la Constitución de la República y 4 de la propia LOEP.

Nuevamente, cabe insistir, con relación al análisis de la dimensión contextual, que el marco jurídico del ERJAFE es distinto al marco constitucional y legal trazado en la actualidad para el régimen jurídico de las EP.

En tercer lugar, debemos indicar que la Procuraduría General del Estado, en función de su responsabilidad como órgano de consulta sobre la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, emitió un pronunciamiento vinculante en relación a una consulta formulada por EP PETROECUADOR, respecto a si el ERJAFE es aplicable a dicha empresa pública.

La Procuraduría General del Estado, contestó en los siguientes términos:

¹⁷⁸ Este régimen de control involucra a los siguientes actores:

1. A la Contraloría General del Estado;
2. A la Unidad de Auditoría Interna de la empresa pública, que ejecutará auditorías y exámenes especiales; y,
3. Al Consejo de Participación Ciudadana.

[...] EP PETROECUADOR pese a que ha sido creada por Decreto Ejecutivo y su Directorio está integrado por miembros de la Función Ejecutiva, al no tener el carácter de entidad adscrita de ésta, no cumple con todas las previsiones estipuladas en los artículos 2 y 7 del ERJAFE, referidos a las entidades que forman parte de la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.

En consecuencia, con respecto a su consulta se concluye que toda vez que EP PETROECUADOR no está adscrita a ninguna entidad de la Función Ejecutiva, no integra dicha Función y por tanto las normas del ERJAFE, no le son aplicables, pues está sujeta a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y los reglamentos especiales que el Directorio de esa Empresa Pública expida en aplicación de la Disposición General de su Decreto de creación.¹⁷⁹

Los términos de esta absolución de consulta deberían ser analizados, entendidos y aplicados con carácter *erga omnes*; es decir, esta opinión jurídica no tendría por qué tener otro efecto sino de similar aplicación en cualquier EP constituida por la Función Ejecutiva.

Este entendimiento, sin embargo, tiene una relevancia muy connotada, puesto que el análisis de las normas del ERJAFE, sumado al pronunciamiento jurídico de la Procuraduría General del Estado, implicaría desconocer la aplicación del ERJAFE en las EP. Es decir, la EP no estaría sometida al régimen jurídico del ERJAFE –ni siquiera en forma supletoria, conforme lo señala el inciso final del artículo 2 del Estatuto.

El hecho de no someterse las EP al régimen del ERJAFE imposibilitaría que aquellas, a través de sus personeros, puedan efectuar la declaratoria de lesividad de sus actos propios, impidiendo formular una demanda en la sede contencioso-administrativa. Del mismo modo, los administrados tampoco podrían recurrir a la formulación de reclamos o recursos administrativos, para impugnar las decisiones de los órganos que componen las EP, en asuntos no relacionados con la contratación pública; constituyéndose este hecho en otra violación a los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva.

¹⁷⁹ Ecuador, Oficio No. 00146 de 22 de diciembre de 2010, dirigido por el Procurador General del Estado (Subrogante) al Gerente General de EP PETROECUADOR.

Sería pertinente que los asambleístas consideren una reforma al Código Orgánico General de Procesos, incorporando en dicho cuerpo legal un capítulo referente a la revocatoria de los actos propios de las EP y a los mecanismos de impugnación, en general, de los actos administrativos de las EP en sede administrativa.

Conclusiones

- El Ecuador es uno de los pocos países que ha logrado estructurar, en su marco legislativo, una definición concreta de la figura jurídica denominada *empresa pública* (EP), así como de su régimen jurídico.
- La Disposición General Primera de la LOEP pretendería establecer una distinción puntual del régimen de contrataciones de las EP, relacionado con determinadas actividades –especialmente comerciales- de su giro específico del negocio. En este régimen especial podrían considerarse los denominados contratos de Derecho Privado de la Administración o contratos de la Administración regidos parcialmente por el Derecho Privado, derivados del régimen especial previsto en el artículo 104 del Reglamento General de la LOSNCP. Sin embargo, la deficiente aplicación de esta prerrogativa podría derivar en afectaciones a la seguridad jurídica y/o en violaciones al derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados.
- Ni la LOSNCP ni su Reglamento General han contemplado una definición o al menos una aproximación hacia el concepto de *giro específico del negocio*. Del análisis global y contextual del Reglamento General de la LOSNCP –acorde con su artículo 104- debería entenderse que el criterio implícito del giro del negocio de las empresas públicas lo constituyen el grupo de actividades comerciales que realizan estas personas jurídicas cuando actúan como proveedoras de bienes y servicios hacia el mercado y el público en general.
- El establecimiento del giro específico del negocio, a través de la disposición contemplada en el artículo 104 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, (LOSNCP), tiene destacada relevancia dado que se presta para obtener una *dispensa* respecto a la obligatoriedad de observar y aplicar esta ley y su reglamento por parte de las EP. Gracias a este régimen de excepción, aquellas pueden someterse a un marco de contrataciones que se entiende regulado por las *leyes específicas* que rigen sus actividades o bien sujeto a las *prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional*.
- A pesar de que el régimen de contratación natural de obras, bienes y servicios de las EP sea el régimen común (en su giro ordinario), para el efectivo y oportuno cumplimiento de los fines institucionales de estas personas jurídicas se requiere que

su giro específico sea establecido en la propia norma constitutiva y que la implementación de los procesos de contratación respectivos sean desarrollados por sus representantes legales (gerentes generales), en uso de la potestad reglamentaria. Algunos ejemplos de estos contratos son: la compra de partes, piezas y repuestos de aeronaves; la venta de paquetes turísticos; la venta de cursos de conducción; los contratos de compra de paquetes de televisión por cable o satelital para su posterior distribución; la venta de planes telefónicos móviles; contratos de fletamento; contrato de transporte de pasajeros; entre otros. El desarrollo normativo debe observar los principios constitucionales que promuevan la seguridad jurídica y eviten constituirse en mecanismos de elusión de los procedimientos del régimen común de contratación.

- Es necesario someter al debate si le compete al Estado ser el promotor y ejecutor de determinados negocios jurídicos que no constituyen obra pública o servicio público. El hecho de que la Constitución de la República haya trazado un campo difuso para el desarrollo de determinadas *actividades económicas* no debería significar restarle un margen de acción a la iniciativa privada, en determinados ámbitos que no requieran de la intervención estatal como medida de equilibrio del mercado de oferta y demanda de ciertos bienes y servicios.
- La Disposición General Primera de la LOEP procura seguir una línea doctrinal de general aceptación en el campo administrativo; sin embargo y para solventar el vacío legal existente, su texto debe ser reformulado, a efectos de que el espíritu de la norma sea concordante con los fines previstos en el artículo 104 del Reglamento General de la LOSNCP. De esta forma se fomentará la seguridad jurídica y se mitigará la latente posibilidad de eludir procedimientos de contratación del régimen común.
- En lo que respecta a los contratos suscritos por las EP bajo el paraguas del giro específico del negocio, es lógico que el régimen de solución de controversias deba seguir al régimen jurídico aplicable a dicho contrato. Es decir, las leyes específicas que rigen las actividades, las prácticas comerciales o los modelos de negocios a los que se someten estas convenciones, trazarán los mecanismos de solución de divergencias: arreglo directo; mediación; arbitraje internacional; métodos de heterocomposición; o, en el ámbito local, el sometimiento a la jurisdicción ordinaria.

- La técnica legislativa también cobra especial relevancia en relación a los principios jurídicos de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica. Un ejemplo de ello es el denominado recurso de reposición del Reglamento General de la LOSNCP (artículo 151). Este recurso es reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo de impugnación de los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa; sin embargo, es preocupante que dicho recurso no esté contemplado dentro del marco jurídico de la LOSNCP, contrariando al principio de legalidad.
- La prescripción normativa del numeral 4 del artículo 217 del COFJ poco promueve la eficacia jurídica, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. Esta disposición desconoce el régimen de contratos de la Administración Pública regidos parcialmente por el Derecho Privado y otorga la competencia a las juezas y jueces que integran las salas de lo contencioso-administrativo para conocer “todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado”; sin considerar que la Administración Pública bien puede celebrar contratos de naturaleza civil, mercantil o comercial.
- El ejercicio de la facultad regulatoria otorgada al SERCOP a través de la LOSNCP (aprobación de los modelos y formatos de documentos precontractuales y contractuales), ha limitado y restringido la aplicación de la mediación y el arbitraje en la solución de controversias en contratación pública. Los modelos obligatorios del SERCOP conminan a los organismos, entidades, instituciones y empresas públicas, a someterse al procedimiento contencioso-administrativo.
- El SERCOP, contraviniendo lo dispuesto en la LOSNCP, al momento de aprobar los modelos de pliegos de contratación ha desconocido el hecho de que los contratos suscritos entre personas jurídicas de derecho privado (sometidas al ámbito de la LOSNCP) y los particulares, son contratos administrativos; determinando que será la justicia ordinaria la competente para resolver las controversias suscitadas entre estas las partes.
- Las EP, al amparo de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 225 de la Constitución de la República, son organismos y entidades creados por la Ley para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. Esta referencia normativa está ligada al objeto y finalidad de la EP, determinados en los artículos 315 de la Constitución de la República y en el artículo

4 de la LOEP. Este entendimiento configura la naturaleza autónoma de las EP con relación al órgano que emite el acto de creación o constitución (Función Ejecutiva, GAD's, etcétera). En tal consideración, debería entenderse que las EP creadas por la Función Ejecutiva no están adscritas a ninguna entidad de la Función Ejecutiva, no integran dicha Función y, por tanto, las normas del ERJAFE no les son aplicables.

- No obstante, el hecho de no someterse las EP al régimen del ERJAFE implica un vacío normativo en relación al derecho y garantía de impugnación de los actos administrativos. Este vacío imposibilita que las EP efectúen la declaratoria de lesividad de sus actos propios, impidiendo formular una demanda posterior en la sede contencioso-administrativa. De igual forma, los administrados están impedidos de presentar reclamos o recursos administrativos, para impugnar las decisiones de los órganos que componen las EP, en asuntos no relacionados con la contratación pública; constituyéndose este hecho en una violación a los principios de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva.

Recomendaciones

- El artículo 6 (Definiciones) de la LOSNCP debe ser reformado con el fin de integrar la definición de “giro específico del negocio”, en el siguiente sentido: “13a.- Giro Específico del Negocio: Lo constituyen el grupo de actividades comerciales que realizan las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público y las subsidiarias, cuando actúan como proveedoras de bienes y servicios hacia el mercado.”
- La Disposición General Primera de la LOEP debe ser reformada, de acuerdo con el siguiente texto propuesto: “PRIMERA: NATURALEZA DE LOS ACTOS, HECHOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS PUBLICAS.- 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. Las empresas públicas estarán facultadas para suscribir contratos de derecho privado cuando sus contrataciones estén sujetas a las disposiciones de las leyes específicas que rigen sus actividades o por las prácticas comerciales o por modelos de negocios de aplicación internacional o por la venta de bienes y servicios de acuerdo a su giro específico del negocio. Para este último efecto, el régimen de resolución de controversias será el establecido por las partes en el correspondiente contrato privado.”
- Es necesario que la Asamblea Nacional legisle y faculte al administrado a acudir a la acción de protección cuando se produzcan afectaciones o violaciones a derechos fundamentales en materia de Contratación Pública.
- El artículo 217, numeral 4 del COFJ, debe ser reformado y complementado ya que debería delimitar expresamente la facultad de las juezas y jueces que integran las salas de lo contencioso-administrativo, en el sentido que su competencia para conocer y juzgar las controversias, relativas a los contratos suscritos por los particulares con las empresas públicas, las empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público y las subsidiarias, radicará únicamente cuando se refieran a contratos de naturaleza administrativa y, por lo tanto, derivados de la ejecución de obra pública o de la

prestación del servicio público; diferenciando las actividades comerciales en las cuales estas empresas actúan como proveedoras de bienes y servicios.

- Es pertinente incorporar en el Código Orgánico General de Procesos un capítulo referente a la revocatoria de los actos propios de las EP y a los mecanismos de impugnación, en general, de los actos administrativos de las EP en sede administrativa.
- Como una recomendación de tipo general, estimamos que los diferentes estamentos públicos (entre los cuáles deben considerarse necesariamente a los gobiernos autónomos descentralizados y a las universidades estatales) deben propender a la optimización de la institucionalidad de las EP, con la finalidad de evaluar en forma objetiva la pertinencia de crear nuevas empresas o de fusionar aquellas que tengan giros del negocio similares. Este análisis permitirá establecer y evitar que existan EP con un giro del negocio contrapuesto o que dupliquen funciones con otra institución pública o que, por su actuación como agentes económicos, afecten a la libre competencia.
- Es necesario, también, implementar herramientas de seguimiento que faciliten medir los beneficios proporcionados por la acción de las EP ya sean sociales o financieros, en función de su giro específico de negocio.

Bibliografía

- Acosta Romero, Miguel. *Teoría General del Derecho Administrativo (Primer Curso)*. México: Editorial Porrúa, 1997.
- Aguilar Feijoó, Luis Felipe. “La materia transigible en la Mediación del Sector Público”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008.
- Aguirre, Vanesa. *La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación a su concepción y situación en el Ecuador, ¿Estado Constitucional de Derechos?, Informe sobre derechos humanos 2009*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2009.
- Albuja Guarderas, Fausto. “El arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en la Contratación Pública”. En Consultores Estratégicos Asociados CEAS Cía. Ltda., comp., *Mecanismos de impugnación y solución de controversias con énfasis en Contratación Pública*. Quito, 2012.
- Barra, Rodolfo Carlos. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Revista de Derecho, Universidad de Montevideo, 2005.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. “Los actos administrativos consensuales: una técnica para el ejercicio de la participación ciudadana en las decisiones de la administración pública”. *Serie Estudios Jurídicos*. Número 35. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. “Comentarios sobre la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados”. *Foro - Revista de Derecho*. No. 13. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2010.
- Benavides, José Luis. *El Contrato Estatal, entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Bocco, Arnaldo. *Auge petrolero, modernización y subdesarrollo. El Ecuador de los años setenta*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1987.
- Bresser-Pereira, Luiz Carlos. “Estado y mercado en el nuevo desarrollismo”, *Revista Nueva Sociedad*, Número 201. Caracas, 2007.
- Chamorro Pepinosa, Diego Humberto. “Efectos de los Vicios de la Voluntad en el Acto Administrativo”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009.

- Chávez Peñaherrera, Esteban Andrés. “Seguridad Jurídica en el Contrato de Concesión para la Generación de Energía Eléctrica, suscrito entre el Consejo Nacional de Electricidad - CONELEC - y la Compañía MACHALAPOWEE Cía. Ltd.”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008.
- Cleri, Carlos. *El Libro de las Pymes*. Buenos Aires: Granica S.A., 2007.
- Coviello, Pedro José Jorge. *¿Contratos Administrativos o Contratos Públicos? La actualidad jurídica de los contratos estatales*. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo de Mendoza, celebrado del 15 al 17 de septiembre de 2010. https://docs.google.com/document/d/1bDZeUV9yPas_aPfszIP33Qah10iFCy3tV6LdWgKdzV4/edit?hl=es&pli=1
- Coviello, Pedro José Jorge. “El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?” *Revista de la Facultad de Derecho*. No. 66. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.
- Cremades, Bernardo. *Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral*. Madrid, 2011.
- Crespo, Carlos F. *Hechos Administrativos*. Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. XIII, 1991.
- Draibe, Sonia y Riesco, Manuel. “Estado de bienestar, desarrollo económico y ciudadanía: algunas lecciones de la literatura contemporánea”. *Serie Estudios y Perspectivas*. Sede Subregional de la CEPAL en México. Número 55. México D.F., 2006.
- Dromi, Roberto. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.
- Dromi, Roberto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- Fernández Barros, Patricio. “El Régimen Legal de las Empresas Públicas en Chile y su Acción Internacional”. En *El Régimen Legal de las Empresas Públicas Latinoamericanas y su Acción Internacional*. Serie Estudios. No. 20. Volumen II. Buenos Aires: Instituto para la Integración de América Latina, 1977.
- Gamboa Morales, Nicolás. *Los Costos del Arbitraje*. Seminario de Arbitraje Internacional en América Latina - Revisión de los Conceptos Básicos, 10mo Aniversario, Cámara de Comercio Internacional, Miami, del 11 a 13 de noviembre de 2012.

- González Tamayo, Jorge Luis. “Arbitraje y Contratación Pública en Mecanismos de impugnación y solución de controversias con énfasis en Contratación Pública”. En Consultores Estratégicos Asociados CEAS Cía. Ltda., comp., *Mecanismos de impugnación y solución de controversias con énfasis en Contratación Pública*. Quito, 2012.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, Octava Edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2004.
- Granja Galindo, Nicolás. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- Guamán Burneo, José Javier. “La mediación como requisito previo para descongestionar a la justicia ordinaria en cuestiones de interés público”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011.
- Jaramillo Villa, Fabián Marcelo. “Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador (Un Estudio sobre las Empresas Públicas en el Ecuador)”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011.
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1966.
- Mersán, Carlos y Villagra Maffiodo, Salvador. “El Régimen Legal de las Empresas Públicas en Paraguay y su Acción Internacional”. En *El Régimen Legal de las Empresas Públicas Latinoamericanas y su Acción Internacional*. Serie Estudios No. 20. Volumen II. Buenos Aires: Instituto para la Integración de América Latina, 1977.
- Nava Negrete, Alfonso. “Contratos Privados de la Administración Pública”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XIII. Número 51. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.
- Neira Orellana, Edgar. “El Contencioso Administrativo y el Sistema de Contratación Pública en el Ecuador”. En Consultores Estratégicos Asociados CEAS Cía. Ltda., comp., *Mecanismos de impugnación y solución de controversias con énfasis en Contratación Pública*. Quito, 2012.

- Oleas Montalvo, Julio. “Ecuador 1972-1999: Del desarrollismo petrolero al ajuste neoliberal”. Tesis de doctorado, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013.
- Pérez, Efraín. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Pinto Nerón, Ximena y Pablo Zak Godoy. *Defensa de la Competencia y Empresas Públicas*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2008.
- Rivero, Jean. “Las empresas públicas en Francia”. En Manuel Barquín Álvarez, comp., *Anuario Jurídico*. París, 1981.
- Ruiz, Sergio. “El nuevo rol de las empresas públicas. En Construcción de un Estado democrático para el Buen Vivir: Análisis de las principales transformaciones del Estado ecuatoriano 2007 – 2012”. En Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), comp., *Empresas Públicas y Planificación: Su rol en la transformación social y productiva*. Quito: 2013.
- Sayagués Laso, Enrique. En Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo X, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 2000.
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES). *Plan Nacional de Desarrollo / Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017*. Quito: 2013.
- Tafari, Roberto. “Desafíos de la Gestión Pública en América Latina”. Ponencia, Seminario Internacional sobre el Rol de las Empresas Públicas en el Ecuador, Quito, Universidad Nacional de Río Cuarto (Argentina), 2010.
- Tardío Quiroga, Fátima Elva. “El Estado Boliviano como Estado Social de Derecho”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006.
- Zanobini, Guido. *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I. Buenos Aires: Librería Editorial Depalma, 1954.

Referencias normativas

- Constitución Política de la República del Ecuador*. Asamblea Nacional. Registro Oficial, No. 449, Quito, 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador* [1998]. Registro Oficial No. 1, Quito, de 11 de agosto de 1998.
- Mandato Constituyente No. 8* [2008]. Asamblea Constituyente, Registro Oficial, Suplemento No. 330, Quito, 06 de mayo de 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro Oficial, Suplemento, No. 48, Quito, 16 de octubre de 2009.
- Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial, Suplemento, No. 395, Quito, 04 de agosto de 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social*.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial, Suplemento, No. 544, Quito, 09 de marzo de 2009.
- Ecuador. *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*.
- Ecuador. *Ley de Arbitraje y Mediación*.
- Ecuador. *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*. Registro Oficial, No. 349, Quito, 31 de diciembre de 1993.
- Ecuador. *Ley de Creación del Fondo de Solidaridad*. Registro Oficial, No. 661, Quito, 24 de marzo de 1995.
- Ecuador. *Ley de Régimen del Sector Eléctrico*.
- Ecuador. *Ley de Contratación Pública*. Registro Oficial, No. 272, Quito, 22 de febrero de 2001.
- Ecuador. Presidencia de la República. “Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”. Registro Oficial, Suplemento, No. 588, Quito, 12 de mayo de 2009.
- Ecuador. Presidencia de la República. “Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”. Registro Oficial, Segundo Suplemento, No. 411,

- Quito, 31 de marzo de 1994; modificado mediante Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.
- Ecuador. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. “Norma Técnica de Cumplimiento Obligatorio previo a la Creación de Empresas Públicas de la Función Ejecutiva”. Registro Oficial, Suplemento, No. 290, Quito, 28 de mayo de 2012.
- Ecuador. Texto Unificado de Legislación Secundaria de Medio Ambiente (TULSMA).
- Ecuador. *Gaceta Judicial*, Año CIII, Serie XVII, No. 8, 23 de enero de 2002, p. 2342. Corte Suprema de Justicia.
- Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública. “Resolución No. RE-SERCOP-2014-000004 que aprueba los modelos obligatorios de pliegos”, Quito, 20 de febrero de 2014.
- Ecuador. Procuraduría General del Estado, Oficio No. 00146, Quito, 22 de diciembre de 2010.
- Ecuador. Procuraduría General del Estado. Oficio No. 14781, Quito, 18 de junio de 2010.
- México. *Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios*. Decreto Legislativo No. 85 de 03 de mayo de 2013.
- México. *Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México*. Decreto Legislativo No. 11 de 06 de febrero de 1997.