

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

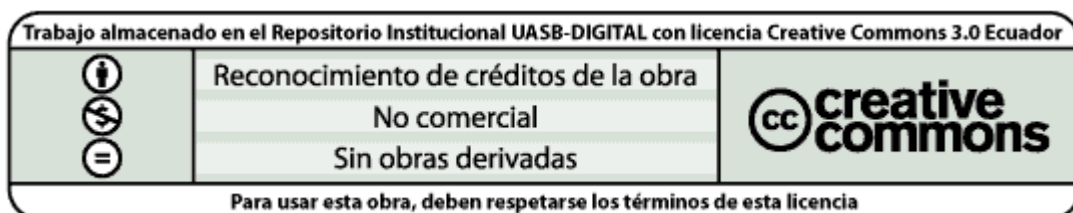
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**Problemática jurídica contemporánea de la capacidad asociativa
de la empresa pública en el Ecuador**

Silvana Alexandra Sandoval Meléndez

Quito, 2015



CLAUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, SILVANA ALEXANDRA SANDOVAL MELÉNDEZ, autora de la tesis intitulada **PROBLEMÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA DE LA CAPACIDAD ASOCIATIVA DE LA EMPRESA PÚBLICA EN EL ECUADOR**, 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 Magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta

autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros

respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

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

Fecha: 30 de julio de 2015

Firma:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

ÁREA DE DERECHO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN
EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN
DEL ESTADO**

TEMA

**PROBLEMÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA DE LA
CAPACIDAD ASOCIATIVA DE LA EMPRESA PÚBLICA EN EL
ECUADOR**

AB. SILVANA SANDOVAL MELÉNDEZ

TUTOR

Dr. Marco Antonio Morales

QUITO - ECUADOR

RESUMEN DEL CONTENIDO DE LA TESIS

El desarrollo del presente tema de investigación se sujetó al cumplimiento de los objetivos específicos propuestos en su planificación y que tienen que ver con el análisis de los principios que rigen la contratación en la empresa pública, los mecanismos jurídicos que permiten diferenciar la aplicación del derecho público y privado, ello a fin de verificar las debilidades y fortalezas derivadas de la capacidad asociativa y la aplicación del régimen especial de contratación en estas empresas.

En esencia, se realizó un análisis jurídico de la Ley de Empresas Públicas y la forma como su Título V permite un Régimen Especial de contratación que faculta a las empresas públicas para suscribir contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, siendo este convenio asociativo o contrato el que establece los procedimientos de contratación y la normativa aplicable. Lo cual podría constituir un escape del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por tanto, sobre la base de los resultados obtenidos en la investigación realizada, el contenido de la tesis se presenta en tres capítulos de estudio y análisis jurídico que permitieron preparar las correspondientes conclusiones y recomendaciones que generarán un aporte de mejora para la aplicación adecuada de la Ley, sobre el Régimen Especial de Contratación en la Empresa Pública del Ecuador.

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico con mucho amor a mi hijo Santiago Martín, a mi adorado esposo Santiago, a mi padre que es un ejemplo en mi vida, y a mi madre por su cariño y ayuda en el día a día. A todos quienes con su apoyo y comprensión me han permitido conseguir este logro académico.

AGRADECIMIENTO

Es menester expresar mi profundo agradecimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar, a los docentes que impartieron sus conocimientos en las aulas de la universidad; y, de manera muy especial mi agradecimiento al Dr. Marco Morales Andrade, quien fue mi guía en el desarrollo de la presente tesis.

TABLA DE CONTENIDOS

	Pag.
CLAUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS	2
RESUMEN DEL CONTENIDO DE LA TESIS	4
DEDICATORIA	5
AGRADECIMIENTO	6
TABLA DE CONTENIDOS.....	7
INTRODUCCIÓN	9
 CAPÍTULO I.....	 10
PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN EN LA EMPRESA PÚBLICA ...	10
 1.1 Aspectos generales del sistema de contratación pública.....	10
1.1.1 Objeto y ámbito de aplicación	10
1.1.2 Derecho Público y Derecho Privado: Criterios de diferenciación y consecuencias.- ..	10
1.1.3 Principios de la contratación pública	15
1.2 El Régimen Especial de Contratación de las Empresas Públicas	24
1.2.1 Generalidades de la Empresa Pública	24
1.2.2 Excepciones admisibles al régimen ordinario de contratación pública	33
1.2.3 Análisis de la capacidad de asociación de las empresas públicas.....	35
 CAPÍTULO II	 38
CAPACIDAD ASOCIATIVA DE LA EMPRESA PÚBLICA EN EL ECUADOR	38
 2.1 Régimen Especial de contratación de conformidad con la Ley Orgánica de Empresas Públicas.....	38
2.2 Análisis respecto a los Convenios - Contratos - Alianzas y otras figuras asociativas que se pueden realizar con el sector privado o gobiernos de otros países, por parte de la Empresa Pública en el Ecuador.....	40
2.3 Asociación Público – Privada en el ámbito internacional.....	44
2.4 Mecanismos asociativos, y ejemplos de desarrollo y competitividad empresarial pública en el Ecuador.....	51
CAPÍTULO III.....	57

3.1. Problemas derivados de la aplicación de procesos contractuales que escapan del derecho público y análisis de caso práctico.....	57
3.2 Elementos jurídicos y doctrinarios que deben ser considerados por la Empresa Pública previo a la aplicación del Régimen Especial de Contratación.	70
3.3 Comentarios sobre una posible reforma a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.....	71
3.4 Necesidad de aplicación de un Reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y sugerencias normativas.	74
CAPÍTULO IV	76
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	76
4.1 Conclusiones	76
4.2 Recomendaciones.....	77
BIBLIOGRAFÍA	80

INTRODUCCIÓN

El objetivo general del presente tema de investigación, consistió en realizar un estudio y análisis jurídico a fin de dilucidar la siguiente pregunta central que sirvió de guía para el desarrollo de la investigación:

¿Cuáles son los problemas jurídicos de la capacidad asociativa de la empresa pública, frente a los procesos de contratación pública?

Al respecto, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada el 16 de octubre de 2009, en el Registro Oficial Suplemento N° 48, en su Título V determina el régimen de contratación que deben aplicar las empresas públicas ecuatorianas conforme al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, en esta ley se instaure un régimen común para la contratación de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y más disposiciones administrativas aplicables para esta materia. Sin embargo, en el mismo Título V, además, se ha establecido y se encuentra vigente un Régimen Especial que faculta a las empresas públicas para suscribir contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, siendo estos convenios asociativos o contratos los que establecen procedimientos de contratación y la normativa específica, así como la existencia de un régimen especial de contratación que no es adecuadamente aplicado, situación que constituye el problema principal identificado en la investigación; puesto que, se ha podido observar que dichos procedimientos contrarían los principios generales del Sistema Nacional de Contratación Pública, establecidos en la Ley de la materia, como parte del Derecho Público ecuatoriano.

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN EN LA EMPRESA PÚBLICA

1.1 Aspectos generales del sistema de contratación pública

1.1.1 Objeto y ámbito de aplicación

El objeto del presente capítulo, es presentar un análisis jurídico de los principios generales que rigen la contratación pública según la doctrina, ello de conformidad con uno de los objetivos específicos planteados para el desarrollo de esta investigación. Es importante mencionar, que si bien se ha procedido a incluir todos aquellos principios generales que rigen a los procesos de contratación pública; sin embargo, en su alcance se trata de relacionarlos en específico con los procesos de contratación que en la práctica se ejecutan en las empresas públicas del Ecuador.

1.1.2 Derecho Público y Derecho Privado: Criterios de diferenciación y consecuencias.-

Complementando con algunas ideas personales a lo expuesto por Cassagne¹, podemos mencionar que la diferenciación entre el Derecho Público y el Derecho Privado, aún constituye una situación no resuelta por la teoría general del Derecho. Aun cuando se ha intentado conjugarlos conforme a la necesidad práctica de la empresa pública concebida como negocio, conspira la característica esencial que cada uno de esos derechos ha poseído doctrinariamente, y que hace que aún hoy existan diferencias sustanciales en cuanto al contenido de lo público y de lo privado en los distintos países, incluyendo al mundo occidental.

Para tratar de distinguir entre los ámbitos fundamentales de estos derechos, la doctrina y la jurisprudencia de cada país, ha formulado una gran cantidad y variedad de concepciones. Para Cassagne²: “la más tradicional cuya antigüedad se remonta al Derecho Romano, es la “teoría del interés”, que en el Derecho Público tiene por objetivo la realización de intereses generales colectivos o sociales, y en el Derecho

¹ CASSAGNE, Juan Carlos, “*Derecho Administrativo*”, Tomo I, Editorial Palestra, Quito, pg. 81.

² Ibíd, pag. 82.

Privado, en cambio, es el que se basa en la regulación de intereses particulares o privados”. Sin embargo, la finalidad del Derecho es siempre, en definitiva la realización del interés general o bien común, aun cuando regule intereses particulares según lo explica Guido Zanolini³.

La diferenciación entre lo público y lo privado, intenta también ser analizada según los sujetos de la relación, es decir, qué tipo de persona interviene en el negocio jurídico, el Estado (Derecho Público) o si se trata de una relación entre particulares (Derecho Privado)⁴. Esta teoría resulta tan insuficiente e incompleta como la que pretende visualizar el Derecho Público tan solo en la utilización del poder de *imperium* del Estado (poder jurídico para imponer normas y organizarse, imponer sanciones, imponer tributos, expropiar, o ejecutar actos administrativos).

Sin embargo, en muchos casos el Estado actúa en el campo del Derecho Privado al realizar actividades comerciales, tal como ocurre con la intervención estatal en el sector financiero y bancario o el sector empresarial de las telecomunicaciones (en el caso en el caso ecuatoriano existen como ejemplo el Banco del Pacífico o la Corporación Nacional de Telecomunicaciones en sus respectivos ámbitos). Y por otra parte, existen numerosas relaciones de Derecho Público (relaciones interadministrativas, actividades de fomento o promoción, etc.) que se rigen por el Derecho Público, principalmente por intervenir el Derecho Administrativo.

Según Borda: “El Derecho Público sería aquel caracterizado por regir relaciones de subordinación que traducen una desigualdad entre las partes, mientras en el Derecho Privado, ellas serían de coordinación estando los sujetos en relación de igualdad.”⁵

Marienhoff sostiene que la distinción entre persona jurídica “pública” y “privada” obedece a los siguientes supuestos: a) obligación del ente hacia el Estado de cumplir sus fines propios, o de interés general; b) el otorgamiento de ciertos derechos de poder público; c) el control constante del Estado; y, d) el patrimonio total o parcialmente del Estado que está destinado a la realización de fines públicos.

³ ZANOBINI, Guido, “Curso de Derecho Administrativo”, pg. 35, citado por VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, pg. 64 – 65.

⁴ Lo sostuvo también GORDILLO, Agustín A., “Introducción al Derecho Administrativo”, 2a ed., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1966, pg. 147.

⁵ BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil Argentino” Parte General, 2ª edición, Ed. Perrot, Buenos Aires, pg. 26, citado por CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, pg. 83.

De cumplirse tales requisitos, se estaría ante una persona de índole “pública”. Por su parte, el doctrinario afirma que la creación estatal no es indispensable para arribar a tal calificación, así como que su forma tampoco tiene influencia en esta materia, puesto que la creación estatal no es indispensable para arribar a tal calificación, puesto que tales personas pueden revestir carácter público y ofrecer, al mismo tiempo, la forma de sociedad.⁶

En la vida empresarial y comercial de los países la clasificación del Derecho Público como categoría histórica separada, ha dejado de operar como tal, y se produce la aparición del Derecho Público y Privado, trabajando en un híbrido que permite funcionar a la empresa pública para ser competitiva.

Por otro lado, no se ajusta a la realidad el identificar al Derecho Público con la realización de la justicia distributiva y legal, ya que este reparto equitativo también se realiza a través de la creación entidades o empresas de propiedad estatal que actúan sometidas al Derecho Privado en sus relación para los particulares; tal es el caso, de las empresas dedicadas al sector de hidrocarburos, sector estratégico que se ha adaptado societaria y estructuralmente a las necesidades que genera su operación, ante el mercado y los competidores comerciales (caso Petroamazonas en Ecuador cuando aplica Régimen Especial de Contratación).

Dice Cassagne⁷: “Los fines que persigue el Estado al acudir a las formas jurídicas del derecho privado son bastante concretos y ellos consisten básicamente en dotar de una gestión ágil a la empresa, sometiéndola a las leyes y usos mercantiles, escapando de la aplicación del derecho administrativo y otorgándole mayores posibilidades de financiamiento en cuanto los créditos de terceros”.

Además, otra parte de la doctrina ha establecido que:

La utilidad de la distinción entre los Derechos Público y Privado, en cuanto a la interpretación y aplicación de la normativa, se refleja positivamente en la técnica jurídica que diferencia entre:

- a) Personas de Derecho Público y de Derecho Privado, clasificación que acoge el derecho positivo argentino por ejemplo;
- b) Régimen de los actos administrativos unilaterales y de los actos privados de carácter unilateral regidos por el Derecho Civil y Comercial; ello sin

⁶ MARIENHOFF, Miguel S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, 3ª edición actualizada, pg. 365.

⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, “*Derecho Administrativo*”, pg. 349.

perjuicio de la existencia de actos parcialmente reglados por los Derechos Público y Privado;

- c) Ídem en materia contractual;
- d) Dominio de lo público y dominio privado;
- e) Derechos subjetivos públicos e intereses legítimos y derechos subjetivos privados;
- f) El estatuto y regulación legal de los funcionarios y empleados públicos, por una parte, y el régimen de los dependientes sometidos al Derecho Laboral, por la otra, distinción que se aplicaba en las Empresas del Estado.⁸

Haciendo un comentario adicional a lo ya referido por Bielsa⁹, que en su obra refiere que podrían existir dos tipos de actos de la administración: Los actos administrativos, y los actos de derecho privado de la administración. Podemos mencionar que este modelo es el que podrían operar actualmente las empresas públicas de nuestro país, a través de contratos administrativos (régimen ordinario de contratación); y, contratos que pueden alinearse con el derecho civil (en el caso de aplicación de régimen especial de contratación según el contenido y reglas definidas en los convenios asociativos suscritos).

Conforme lo manifestado por BULLINGER: “En los últimos tiempos se han formulado opiniones contrarias al mantenimiento de la concepción dualista (que distingue entre un – Derecho Público y Derecho Privado), postulando la necesidad de crear un Derecho Común que supere la tradicional clasificación.”¹⁰

En el derecho comparado hemos podido observar como se ha desarrollado una compleja trama de relaciones entre lo público y lo privado, caracterizada por la interpolación que, sucesivamente, se ha ido operando entre ambas ramas del Derecho. Así por el ejemplo, Argentina posee sociedades comerciales regidas por la legislación común a todas las sociedades anónimas, pero que, además de su forma privada, tienen de hecho, fuertes atributos de carácter público, sea en lo que se refiere a su forma de creación o a la propiedad de su capital, como a su finalidad o al control al que están sometidas, tal es el caso de las Sociedades Anónimas Bajo Injerencia Estatal (SABIE), que son sociedades anónimas en las que el Estado tiene toda o la mayor parte de participación en el capital social.

⁸ Ibíd, pg. 85.

⁹ BIELSA, Rafael, “Derecho administrativo”, tomo II, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., pg. 27.

¹⁰ BULLINGER, Martín, Derecho y Derecho Privado, trad. Del alemán, Madrid, 1976, pg. 13.

Haciendo alusión a lo expuesto por Cassagne¹¹, los procesos socioeconómicos, los avances tecnológicos, y la intervención en el mercado han desplazado la influencia de concepciones ideológicas o doctrinarias, en un acelerado proceso que ha avanzado por diferentes etapas. Así, de una huida inicial del Derecho Administrativo se arribó a un desarrollo pragmático en un proceso de interpolación entre lo público y lo privado.

Es así que, no se trata de unificar los derechos como ocurre en Europa, sino de establecer una serie de reglas comunes, aplicables en el marco del derecho comunitario, y que se proyectará al derecho interno de cada Estado.

En Europa, el concepto de empresa pública ha tenido un largo recorrido, ya que al derecho comunitario le resulta esencial a efectos de poder aplicar lo establecido en el actual art. 106 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En esa norma se determina que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, y dice que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, siempre que no se afecte el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada.

Así pues, resulta claro que al derecho comunitario le interesa determinar correctamente qué se entiende por empresa pública a efectos de lograr la aplicación de las normas sobre el Derecho de la Competencia previstas en los diferentes Tratados de la Unión Europea, lo que implica, en pocas palabras, garantizar el principio de igualdad de trato de estas empresas con relación a las privadas.¹²

Cabe destacar que en el derecho comunitario europeo se han generalizado los sistemas de selección y adjudicación de contratistas a procedimientos contractuales que deben observar, ordenadamente, empresas privadas, antes regidas en toda su plenitud, por la regla de la autonomía de la voluntad¹³.

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos, “*Derecho Administrativo*”, pg. 86.

¹² OLIVA Blázquez, Francisco, “*A vueltas con el Concepto de Empresa: La Empresa Comunitaria y la Empresa Pública*”, artículo de la obra *Estado – Derecho y Economía* - Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2013, pg. 145 – 146.

¹³ En la sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH - Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – se destaca la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado, sino también a los contratos que celebren los

Adicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha venido desarrollando una doctrina conocida con el nombre de “principio del inversor en una economía de mercado”¹⁴. Así la Sentencia BOCH de 10 de julio de 1986 (asunto 40/85), establece que una forma apropiada de establecer si una determinada medida constituye ayuda estatal a una empresa pública consiste en “determinar en qué medida la empresa sería capaz de obtener esos fondos en los mercados privados de capital”.¹⁵

Jurisprudencia que si bien no es vinculante para América Latina, sirve de referencia para verificar los avances normativos que han existido en el ámbito de la empresa pública y la integración comunitaria, como una guía estratégica para identificar las situaciones derivadas del excesivo intervencionismo estatal y su forma de regularlo.

Finalmente, en cuanto a lo que se refiere a la actuación directa del Estado en los asuntos económicos a través de “empresas públicas”, cualquiera sea la estructura de empresa que sea utilizada, deben existir controles que permitan garantizar el debido equilibrio entre: a) la consecución del interés público comprometido en la constitución de entes empresariales y societarios con fondos y finalidades públicas pero con formas que derivan en el ámbito privado; y, b) las garantías de los administrados, especialmente a partir del respeto de los principios generales de transparencia y concurrencia.¹⁶

1.1.3 Principios de la contratación pública

En el Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública regula las conductas en la ejecución de obras, adquisición de bienes, y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realizan las entidades contratantes, y

órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal. En: http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/contratacion/c_consultiva/jurisprudencia/TJUE.pdf. Consulta 14 de abril de 2015.

¹⁴ Teoría explicada más ampliamente por MUÑOZ Machado, Santiago, “Voz empresa pública – empresa privada (igualdad de condiciones financieras)”, pg. 1077 – 1079. En OLIVA Blázquez, Francisco, “*A vueltas con el Concepto de Empresa: La Empresa Comunitaria y la Empresa Pública*”, pg. 147.

¹⁵ En la sentencia de 14 de noviembre de 1984 (Intermills vs. Comisión) de la Unión Europea, se determinó que unas ayudas que el Gobierno Belga pretendía otorgar a la empresa Intermills, constituían una “ayuda de salvaguarda” a la empresa que, en condiciones de mercado normales, tendría que haber cerrado.

¹⁶ CARBAJALES, Juan José, “Las Sociedades Anónimas bajo injerencia estatal (SABIE)”, Buenos Aires, 2014, pg. 111.

determina varios principios de contratación en los procesos que maneja el Estado, de la siguiente forma:

En el Art. 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), por ejemplo, se determina la observancia de “principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”. Los mismos se determinan en esta norma como principios rectores en el ejercicio de la contratación pública.

Si bien existen algunas teorías que estiman que los principios no requieren de manifestación expresa; en la práctica, la legislación latinoamericana los ha establecido como reglas de carácter positivo. Lo mismo sucede en nuestro ordenamiento jurídico, ya que los mismos no se aplican de acuerdo a su jerarquía jurídica o categoría, su atención es transversal y deben observarse tanto en los procedimientos iniciales de la contratación¹⁷ como en la ejecución.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- En el Ecuador, este principio es validado constitucionalmente por el principio de seguridad jurídica previsto en el Art. 82 de la Constitución de la República.

En la doctrina, Antonio J. Pérez, en su obra Manual de Contratos del Estado, define el principio de legalidad como aquel según el cual “el órgano público solamente puede actuar conforme a la norma positiva”.¹⁸

El tratadista Diego Fernández define al principio de legalidad; así: “...toda estipulación, orden, facultad o prerrogativa a la que se deben sujetar la administración o su contraparte, deben estar comprendidas dentro de la legislación vigente, es decir que ninguna cláusula convenida por las partes es válida si se aparta de lo lícito y de lo jurídico”¹⁹

Es así que, el principio de legalidad que constituye parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, impone la obligatoriedad de que todos los actos, procesos y

¹⁷ En el Ecuador, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva define a los contratos administrativos como “*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 legales aplicables*”; explica la formación de los contratos administrativos y distingue dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución (Arts. 75 y 76 ERJAFE).

¹⁸ PÉREZ, Antonio J., PÉREZ, Efraín, “Manual de Contratos del Estado”, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, Pág. 25.

¹⁹ FERNANDEZ Suescum Diego Orlando, Manual de Derecho Público, Ediciones Azpiazu, Quito-Ecuador, 2000. Pág. 12

formalidades se encuentren establecidos en la Ley; por tanto, los procesos de contratación para la adquisición de bienes y servicios, arrendamiento, ejecuciones de obras, deben estar expresamente contemplados en la Ley, lo cual garantiza que el Estado pueda actuar privilegiando al orden público sobre el particular, según la norma previa conocida por todos los ciudadanos.

Cabe destacar que el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, prevé: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución (...)”; por tanto, la misma dispone que todas las actuaciones estatales estarán sujetas al ordenamiento jurídico y no a la voluntad de una autoridad, tornando a su actividad reglada, legítima y limitada. Es así que en el ámbito del Derecho Público únicamente puede hacerse lo expresamente está permitido por la Ley.

Por tanto, la contratación pública en el Ecuador, se rige por la Constitución, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento de aplicación, resoluciones del SERCOP²⁰, y los Principios Generales del Derecho Administrativo²¹.

TRATO JUSTO.- Este principio atribuye la obligatoriedad de que las entidades contratantes realicen todos sus procedimientos de adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, aplicando condiciones semejantes para todos los oferentes, sin privilegiar a unos por sobre otros o discriminando a determinados proveedores; a que analicen las propuestas con el razonamiento más amplio, a fin de que garantizar las mejores condiciones en obras, bienes o servicios.

La ausencia de prerrogativas o ventaja es característica básica de este principio. En relación a ello, es meritorio mencionar que en el caso ecuatoriano, se ha

²⁰ El INCOP fue sustituido por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), según lo constante del numeral primero del artículo 2 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 100 de 14 de octubre de 2013.

²¹ El principio de legalidad ha sido analizado en múltiples casos por los Jueces superiores del Ecuador, hay varios ejemplos jurisprudenciales, entre ellos: la Resolución No. 122007, Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 79S, 2XII2009 - CAE: *Acto administrativo presunciones de legitimidad y ejecutoriedad principio de legalidad*.

establecido un esquema distinto que no guarda estricta relación con el cumplimiento de este principio general, esto debido a que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé beneficios de accesibilidad a los procesos de contratación, a los productos y servicios de origen nacional o a las pequeñas y medianas empresas locales; tal es el caso, de lo establecido en el Art. 6 numeral 4 (Compras de Inclusión), o el Art. 25 (Participación Nacional), entre otros de la norma.

Según el tratadista Diego Fernández, el trato justo e igualitario también equivale al principio de imparcialidad contractual, que expresa: “Se traduce en la apropiada aplicación y valoración de la actividad contractual, sea esta previa o post-ejecutiva. En cuanto al accionar de la administración, su imparcialidad es relativa, en cuanto a que por su capacidad jerárquicamente superior es a la vez juez y parte, sin embargo debe estar presente, por ejemplo, en la valoración de ofertas”²²

Es así como, el trato justo se complementa con el principio de imparcialidad que garantiza la participación de los oferentes con el compromiso de no beneficiar a determinadas personas en la adjudicación indebida de procesos de contratación pública.

IGUALDAD.- Estrechamente ligado con el trato justo, está el principio de igualdad, que nace de la propia Constitución, ya que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.”²³ La Contratación Pública no está ajena a estos preceptos y ha determinado un régimen que dictamina de forma común, sin diferencias entre proveedores, tratando de igualar las condiciones de agentes preponderantes en el mercado frente a pequeños proveedores.

El principio de igualdad implica además que todos los documentos precontractuales sean iguales y conocidos por todos, para generar las mismas oportunidades. Al respecto, Marienhoff señala que “todo comportamiento o toda decisión de la Administración Pública efectuado o dispuesto en beneficio de un licitador, que simultáneamente no haya sido efectuado o realizado en beneficio de los otros licitadores u oferentes, quiebra la igualdad que debe regir en la licitación.”²⁴

²² FERNANDEZ Suescum, Diego Orlando, “Manual de Derecho Público”, pág. 13.

²³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Art. 11 numeral segundo.

²⁴ MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, pág. 205.

Es pertinente señalar además lo que el tratadista Comandira, menciona sobre trato igualitario: “El trato igualitario debe abarcar todo este proceso, desde su inicio hasta la adjudicación y firma del contrato y mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, porque la Administración no puede modificar las bases para favorecer o perjudicar a su contraparte.”²⁵

El sistema nacional de contratación pública vigente en el Ecuador, busca la igualdad entre iguales, tanto así, que se han establecido algunos métodos de acción afirmativa para promover la igualdad entre titulares de derechos que se encuentran en situaciones de desigualdad, estableciendo por ejemplo, la preferencia por la industria nacional, y la adquisición a micro industrias o partícipes de la economía popular y solidaria, ello hasta que puedan competir entre ellos en las mismas condiciones de mercado, tal cual fue referido en el análisis referente al principio de trato justo, que guarda relación con este punto.

Todos estos aspectos buscan equiparar las condiciones entre participantes, permitiendo una determinación directa por parte de la entidad; tal es el caso, de los procedimientos de menor cuantía de bienes y servicios, en los cuales se puede invitar a los proveedores previa resolución motivada.

CALIDAD.- Dentro de la contratación pública resulta evidente que las Entidades Contratantes buscarán que sus contrataciones respondan a los más altos estándares de calidad, para estricta satisfacción de necesidades particulares y/o generales; de ello, la exigencia a los proveedores de cumplir con todos los requerimientos técnicos solicitados, siendo responsables y garantes antes y después del proceso de contratación de aquello que hubiere sido establecido en sus propuestas u ofertas.

Al mismo tiempo, conviene manifestar que el concepto de la calidad en la gestión pública, se halla contenido en la página 7 de la CARTA IBEROAMERICANA DE CALIDAD EN LA GESTIÓN PÚBLICA, que constituye un Tratado Internacional, adoptado en la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno de Iberoamérica, realizada en la República de El Salvador, expedida mediante Resolución No.25 de 31 de octubre de 2008, que manifiesta: “La calidad en la gestión pública constituye una cultura transformadora que impulsa a la

²⁵ COMANDIRA, Julio, “*Derecho Administrativo*”, Lexis Nexis, segunda reimpresión, Buenos Aires, pág. 290.

Administración Pública a su mejora permanente para satisfacer cabalmente las necesidades y expectativas de la ciudadanía con justicia, equidad, objetividad y eficiencia en el uso de los recursos públicos.” Por su parte, Cabanellas define a la “calidad”, como aquello: “de eficacia calificada”.

VIGENCIA TECNOLÓGICA.- El principio de vigencia tecnológica garantiza que las obras, servicios o bienes que contrate la empresa pública tengan características tecnológicas y actuales, lo cual permitirá usar esas herramientas o bienes por un mayor espacio de tiempo.

Esto ha sido de vital importancia a partir de la expedición de la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, pues se ha incluido un mejoramiento de los parámetros de calidad requeridos para la elaboración de pliegos, selección, y especificidad de condiciones de los productos a ser adquiridos.

OPORTUNIDAD.- Según Michelle Lerner, en su obra “La administración pública”, establece al principio de oportunidad; así:

Determina la actividad administrativa. Los órganos administrativos actúan en un determinado ámbito de mayor o menor libertad según la ponderación de los fines a cumplir en cada caso singular. Finalidad y libertad, condicionan pues el principio de oportunidad de la actuación administrativa, los que vinculados al tiempo o momento de actuación definen el principio. Lo oportuno significa lo conveniente hoy, pudiendo quizás ser perjudicial mañana²⁶

En tal virtud, se deduce que el principio de oportunidad es un elemento que impone a la administración pública los criterios necesarios sobre el momento de actuar siempre en el marco de la legalidad. Por tanto, el principio de oportunidad debe ser aplicado por las autoridades y funcionarios de la administración pública, conforme a la importancia del acto de decisión. De allí la verificación que realizan las autoridades de control ecuatorianas, tal es el caso de las Auditorías de Gestión.

²⁶ LERNER BUITRON Michelle Stiven. “*La administración pública*”. Editorial ABC. México Df. 2008. Pág. 46.

CONCURRENCIA.- Conforme el principio de concurrencia, se da la pauta para la participación de las entidades del Gobierno Central y Seccional; que incluyen a las empresas públicas, con la finalidad de cumplir con los intereses y aspiraciones de la sociedad ecuatoriana; y, a su vez cumplir con sus objetivos institucionales.

Al respecto, Lerner, manifiesta:

El principio de concurrencia invoca un proceso de participación entre las entidades del estado y autónomas, ya que la concurrencia no puede significar imposición de hecho ni de derecho, en el ejercicio de las competencias para la concreción de los intereses respectivos. Materias de interés general que deben ejecutar en razón del mencionado principio para contribuir con la ejecución de la política que el Estado defina para la contratación pública²⁷

TRANSPARENCIA.- Para el abogado argentino Roberto José Dromi, en su obra Tratado de Derecho Administrativo, sobre el principio de transparencia, manifiesta: “...se entiende entonces que la transparencia, como principio rector de la licitación pública, abarca –respecto del actuar administrativo- el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.”²⁸

Se colige que, este principio exige que la administración pública, difunda su actividad con la finalidad de que los ciudadanos conozcan los aspectos más importantes del proceso de contratación. Por tanto, a la Administración le corresponde realizar acciones concretas, tales como publicar la información en diarios de circulación importante, y en el caso ecuatoriano, en la página web del SERCOP que actualmente trabaja como entidad reguladora del sistema nacional de la contratación pública, y de esta forma poder cumplir además con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

PUBLICIDAD.- En cuanto al principio de publicidad, Dromi; afirma: “la publicidad como principio general del procedimiento administrativo, se manifiesta en

²⁷ Ibíd, pág. 47.

²⁸ DROMI, Roberto. “*Derecho Administrativo*”, pág. 485.

un doble sentido en la licitación pública, como procedimiento administrativo especial.²⁹

Del estudio realizado al sistema de compras públicas, se deduce que a partir de la convocatoria al proceso de contratación, la publicidad significa la posibilidad de que un mayor número de interesados tenga conocimiento del pedido de ofertas que requiere la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia en un contexto de transparencia.

Por tanto, en la ejecución de la fase precontractual, el principio de publicidad implica que el proceso debe efectuarse en forma pública. En este sentido, gran parte de los actos y hechos del procedimiento licitatorio es abierto al público en general, y a los proveedores de bienes y servicios en particular (en el Ecuador se cumple al respecto con la carga de los documentos en el portal compraspúblicas).

Ello permite un control procedimental de la actividad presupuestaria-financiera de la administración pública, la sociedad, los interesados, y los oferentes. También es verificado en la labor que realizan los organismos de control como la Contraloría General del Estado.

Los principios de transparencia y publicidad en la contratación pública, se encuentran atados por los ineludibles nexos de interdependencia, interrelación e indivisibilidad; es decir, jurídicamente no puede existir el uno sin el otro, y si se vulnera a uno, se afecta el otro; consecuentemente, la Administración Pública, a través de sus empresas, tiene que convertirse en un cristal con sus administrados respecto del quehacer en su gestión; salvo las correspondientes excepciones que expresamente se encuentren establecidas en la Ley.

La promulgación de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública en el año 2004, tuvo como objetivo fundamental el ejercicio del derecho del acceso de las personas a la información, cuyos derechos y principios de transparencia e información, se encuentran consagrados en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008.

No obstante, es menester señalar que en algunos casos, dependiendo de la naturaleza de las contrataciones, resulta inapropiado hablar de transparencia y publicidad, como ocurre en temas confidenciales que tratan sobre seguridad nacional, conforme se establece en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema

²⁹ Ibíd. pág. 486.

Nacional de Contratación Pública, que en su artículo 87, expresamente dispone: “Confidencialidad.- Al tratarse de un procedimiento precontractual de bienes, obras y servicios destinados para la Seguridad Interna y Externa, su trámite debe ser llevado con absoluta confidencialidad y reserva, por tanto no será publicado en el Portal www.compraspublicas.gob.ec.”

Ligado al análisis de la temática que motivó el desarrollo y formulación de la presente tesis; debo referir que, en cuanto a los procesos de contratación de Régimen Especial que realizan las Empresas Públicas, éstos no se encuentran exentos de la publicidad y transparencia que corresponde según la normativa vigente³⁰; por el contrario, existe una opción informática que permite cumplir con estos principios, a través del portal de compras públicas que se encuentra regulado por el SERCOP. Cabe mencionar que los mismos rigen también para el caso de las entidades y empresas que forman parte de los sectores estratégicos.³¹

Consecuentemente, del estudio se deduce que, en todo proceso de adquisición de bienes y servicios se debe materializar dicha transparencia a través de la publicación de todos los instrumentos que se generan en las diversas fases de las compras gubernamentales.

PARTICIPACIÓN NACIONAL.- Según Michelle Lerner “La participación se refiere a las capacidades que permiten que cada persona sea parte de un grupo y aporte de modo efectivo a la vida del conjunto, a partir de sus atributos y potencialidades. De esta forma hablar de Participar, equivale a ser un actor social. La participación se refiere a la posibilidad de aprender los mecanismos y procesos de la democracia por medio de experiencias de participación en las niveles de gobierno y en las acciones que ejecuta para la satisfacción de las necesidades vitales”³²

La aplicación efectiva del principio de participación nacional, constituye la ejecución real de las políticas públicas gubernamentales; y, que en el caso

³⁰ **Art. 70 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.-** Publicación Posterior.- De no haberse realizado los procedimientos de régimen especial a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, la máxima autoridad o su delegado tiene la obligación de una vez realizada la contratación, publicar en el portal www.compraspublicas.gov.ec la información relevante de cada proceso, según lo dispuesto en el Art. 13 de este Reglamento General, en lo que fuera aplicable.

³¹ Se ha ratificado aquello, de conformidad con el contenido de la Resolución N° 081-2013 emitida por el Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP (actualmente denominado SERCOP).

³² LERNER BUITRON, Michelle Stiven, “*La administración pública*”, pg. 47.

ecuatoriano que promueve la transformación profunda de la matriz productiva, permite que los ciudadanos puedan participar en la preparación de propuestas de servicios y bienes que requiere el Estado, cuyos procesos se concretan a través de la contratación pública.

En resumen, del estudio realizado respecto a los principios de contratación pública según la doctrina; se colige que, en todo proceso de adquisición de bienes o servicios, las autoridades, servidoras y servidores públicos deben observar y aplicarlos conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por tanto, en los procesos de compras gubernamentales de bienes y servicios, es de trascendental importancia que las entidades que integran el sector público ecuatoriano, rijan su accionar bajo el ineludible respeto a los principios consagrados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que recoge los principios de carácter universal, cuyo fin primordial es el prevenir y combatir la corrupción en los procesos de contratación y a su vez lograr la consecución de los objetivos estatales para bien de la comunidad.

En el caso de las empresas públicas, si bien existe un régimen que permite apertura en la aplicación del derecho privado para la consecución de sus fines en aras de que estas empresas puedan ser más eficientes y competitivas al momento de realizar adquisiciones sometidas a un derecho privado (sobre todo si hablamos de sectores estratégicos), no es menos cierto que no deben quedar a un lado algunos principios fundamentales de la contratación como lo son: la transparencia, publicidad, calidad, vigencia tecnológica, o trato justo.

1.2 El Régimen Especial de Contratación de las Empresas Públicas

1.2.1 Generalidades de la Empresa Pública

La noción de empresa pública gira en torno a dos elementos: la existencia de una empresa y la adjetivación de la misma como pública.

En cuanto a la existencia de empresa, la percepción sistemática del Derecho Mercantil, gira esencialmente en torno al concepto de comerciante o empresario, definiéndose éste en razón de su actividad. No obstante, detrás o unida al empresario está la figura de la empresa como unidad organizativa, forma de desarrollo de la actividad empresarial, instrumento de participación en el mercado. La empresa es, en este sentido, creación del empresario y a la vez forma de desarrollo de su actividad. La empresa viene a significar en sentido subjetivo o de actividad, una forma o

manera de desarrollar la actividad económica que consiste en la participación o distribución de bienes o servicios a través de una unidad organizativa de medios materiales y personales.³³

En una interpretación del Código de Comercio Español, es empresario quien, uniendo factores de producción crea una unidad organizativa (expresión última de la asiduidad o profesionalidad) para la aportación de bienes o servicios al mercado (del ejercicio del comercio a la actividad empresarial), siendo centro de imputación de derechos y obligaciones que se deriven de dicha actividad (autonomía o independencia referida tradicionalmente al actuar en nombre propio)³⁴. Al trasladar a los distintos tipos de empresa pública esta actividad en forma de empresa que da contenido al concepto de empresario, diversos sectores de la doctrina han cuestionado algunas de sus notas, negando en todos o en algunos casos el carácter legal de empresario al Estado.

La doctrina francesa ha venido negando la condición de empresario o comerciante al Estado y entidades locales territoriales, en cuanto a que sus fines institucionales resultan ajenos al desarrollo de una actividad comercial o industrial, calificando a ésta de simplemente accesorio. A finales del siglo XIX aún era discutido por aquella doctrina el que dichas entidades, que no se consideraban comerciantes, pudieran no obstante, realizar actividades de comercio, lo que no se admitiría sino hasta el siglo XX ante la realidad del fenómeno intervencionista. Es esta doctrina la que acoge en el art. 7 del Código de Comercio Italiano de 1882, que el Estado, las provincias y los municipios no pueden adquirir la cualidad de comerciantes pero sí realizar actos de comercio, quedando sujetos al respecto a las leyes y a los usos comerciales, con lo cual quedaba claro que no se sometían al status

³³ ALONSO UREBA, Alberto, *“La Empresa Pública, aspectos Jurídico-Constitucionales y de Derecho Económico”*, Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1985, pg. 233.

³⁴ GIRÓN TENA, *“Apuntes de Derecho Mercantil. La Empresa”*, I, Madrid, 1977- 1978., pg. 45. Al igual que respecto de los sujetos privados, la capacidad constituye para los entes públicos un presupuesto de validez para toda la actuación en Derecho y, por tanto, también para el ejercicio de la actividad empresarial, ello no sería parte del principio de la autonomía de la voluntad, sino del principio de legalidad, en virtud del cual los entes públicos sólo están capacitados para actuar en la forma y para los fines que expresamente hayan sido habilitados por el Ordenamiento Jurídico (el denominado principio de especialidad de los entes públicos); sobre esta temática, ampliamente, Alonso Ureba, ob. Cit., págs.. 545 y ss. En relación con los presupuestos de validez del negocio fundacional de la S.A. pública.

profesional del comerciante, aun cuando se admitía la aplicación del Derecho Mercantil en sus relaciones con terceros.³⁵

Habiendo examinado el carácter de empresa, a continuación se explica sobre su adjetivación como pública. En este sentido, determinados sectores doctrinales ligam el carácter de pública al hecho de la titularidad de la actividad por un ente público, con lo que excluyen a las denominadas empresas públicas bajo formas jurídico-privadas (como sucedía en Ecuador con las S.A. de capital público). Dado que en esa doctrina se parte de la necesidad de que el sujeto de la actividad, el empresario, tiene que ser un ente público, coincidiendo el criterio para individualizar la empresa como pública con el que sirva para identificar la empresa como pública con el que individualiza la persona jurídica frente a la privada. Así mismo, en torno al concepto de persona jurídica pública se plantea otra cuestión: el vincular la atribución de la condición de empresario de un ente público a que éste sea una persona jurídica autónoma, es decir, distinta del Estado, por entender que a ello va unida la necesaria autonomía organizativa, patrimonial y de gestión propia de aquella condición.

En este sentido, el tratamiento que se ha generado con el carácter de privada a una sociedad que cuenta con capital estatal, es únicamente con fines de ingresar en el mercado y volverla competitiva frente a los esquemas muchas veces restrictivos del derecho administrativo público.³⁶

Es así como la Administración Pública (en sus distintos ámbitos y categorías: central, autonómica, local, institucional, etc.) interviene en el conjunto de la actividad económica para llevar a cabo la prestación de algún servicio público o concurriendo con el sector privado en la aportación de bienes y servicios al mercado. A veces el sector público interviene supliendo la ausencia del sector privado en una determinada actividad que puede no ser económicamente rentable, pero sí socialmente necesaria.

Y aunque la Administración como tal podría ejercer esas funciones, acude a la constitución de un ente con personalidad jurídica independiente que permita una

³⁵ CARRON, “*La notion d’établissement public industriel et commercial*”, C.J.E.G, 1976, pg. 251.

³⁶ Para GORDILLO, Agustín A., “*Empresas del Estado*”, Macchi, Buenos Aires, 1966, pgs. 41 y 44: No pueden coexistir dentro del Estado, en sentido amplio, formas públicas y privadas, pues tal cosa implicaría revivir la vieja doctrina de la doble personalidad del Estado. Para solucionar el obstáculo que ello representa, se propone acudir al criterio de la titularidad de la totalidad o la casi totalidad del capital de la empresa, para atribuirle carácter estatal.

más ágil actuación como empresario. El entramado jurídico al que está sometida la Administración no le permite desarrollar una actividad empresarial adecuada. Es la rigidez del Derecho Administrativo la que no facilita la actuación en el tráfico mercantil, que requiere celeridad y agilidad en el desarrollo de los negocios. De ahí que se acuda a instituciones del Derecho Privado para que, a través de ella, los poderes públicos desarrollen una determinada actividad económica como empresario.

Según Oliva Blázquez, la empresa pública es una de las formas jurídicas a través de las cuáles se organiza e instrumentaliza la iniciativa pública en la economía. Se trata de una técnica o modelo de auto organización a través de la cual las Administraciones Públicas llevan a cabo la potestad discrecional prevista en la propia constitución para intervenir en el mercado.³⁷

Según lo dijo Cassagne en su momento:

Uno de los temas donde confluyen las más variadas concepciones terminológicas es el que versa sobre las entidades administrativamente descentralizadas y las empresas estatales que actúan bajo distintas formas jurídicas, siendo este proceso el que puede advertirse como fuerza de la realidad que ha desplazado todo el rigorismo de la concepción tradicional y que se caracterizaba por formas puras de organización administrativa, con regímenes jurídicos netos.

Han surgido formas jurídicas nuevas que no correspondían a categorías conceptuales preestablecidas, con regímenes jurídicos heterogéneos, caracterizadas por la presencia simultánea de normas de los ordenamientos público y privado.³⁸

A juicio de Lojendio e Irure³⁹, el ámbito del denominado Derecho Constitucional Económico está “directamente determinado por el fenómeno de la socialización cuyo instrumento principal en nuestros tiempos es la intervención del Estado en la compañía”. Este proceso de socialización ha sido conocido como el paso del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho que es reconocido en el derecho constitucional contemporáneo.

Como precisa Parejo⁴⁰:

³⁷ OLIVA Blázquez, Francisco, “*A vueltas con el Concepto de Empresa: La Empresa Comunitaria y la Empresa Pública*”, pg. 141.

³⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, pg. 325.

³⁹ LOJENDIO E IRURE, Ignacio María, “Derecho Constitucional Económico”, Madrid, 2003, pg. 85.

⁴⁰ PAREJO, Luciano. “Estado Social y Administración Pública – Los postulados constitucionales de la reforma administrativa”, Civitas, Madrid, 1983, pg. 29.

La diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho radicaría, en que el primero atiende sólo a la vertiente formal del principio de igualdad y prescinde de las relaciones sociales de poder mientras que para el segundo lo decisivo ha de ser la igualdad en sentido material (por lo que tiene la obligación, atendiendo a las relaciones sociales de poder de corregir desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten efectivamente con una libertad y protección judicial equivalentes a los socialmente favorecidos).

En el caso de la economía, el Estado no se limita a dictar normas reguladoras de la actividad económica. Participa también en ella como un agente económico más, si bien peculiar, la actuación económica del Estado se ha de desarrollar dentro del sistema económico constitucional de la economía social de mercado. Los poderes públicos pueden participar en la actividad económica en concurrencia y competencia con el sector privado, y por supuesto, cuando hay que prestar servicios necesarios a la sociedad que el sector privado no proporciona.

En cualquier caso, la actividad económica de la Administración Pública, como toda actuación de ésta, ha de estar dirigida a servir con objetividad los intereses generales. Se ha de desarrollar de tal manera que no resulte afectado el funcionamiento del mercado y respetando el juego de la libre competencia. Dados los poderes y recursos con que cuenta la Administración Pública es fácil llevar a cabo actuaciones (como, por ejemplo, disponer de subvenciones o incurrir en pérdidas) que distorsionen las reglas de la libre competencia. Frente a ese peligro hay que tener en cuenta que la libre competencia es una nota esencial del sistema económico de mercado.

La intervención de la Administración como agente económico puede llevarse a cabo por diferentes cauces. En unos casos, sometida al Derecho Público, y en otros utilizando instituciones del Derecho Privado.⁴¹

Es así como, las actividades que lleva a cabo el Estado a través de entidades que asumen distintas formas jurídicas pueden discriminarse en dos grupos relativamente delimitados: a) personas jurídicas públicas; y, b) personas jurídicas privadas. En el caso ecuatoriano, para retomar el carácter de público de la mayoría de actividades

⁴¹ JIMENEZ Sánchez Guillermo, “Derecho Mercantil”, Editorial Ariel, 2003, pgs. 545 – 546.

que venían manejándose como sociedades anónimas privadas, se emitió la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Dentro de las entidades públicas estatales (Administración Descentralizada) coexisten tanto las formas jurídicas llamadas puras, con un régimen típico del Derecho Público (entidades autárquicas), con aquellas entidades descentralizadas que realizan actividades industriales y comerciales, dotadas de un régimen jurídico mixto de Derecho Público y Privado; como en el caso ecuatoriano, si consideramos la amplia gama de actividades que pueden desarrollar las Empresas Públicas, para ser competitivas, conforme su Régimen Especial, con sujeción a contratos y convenios con otras empresas o gobiernos internacionales en el marco de su capacidad de asociación.

Al respecto, en otros países el Estado actúa también con estructuras jurídicas propias del Derecho Privado, a través de empresas de su propiedad o participando en el capital de ellas⁴². En el caso de España, por ejemplo, la nota común está dada por la aplicabilidad predominante casi exclusiva del Derecho Civil y Comercial⁴³, la intervención estatal genera o ha producido distintas formas jurídicas: empresas públicas como tales, sociedades anónimas que cuentan con capital estatal, de economía mixta, etc.

Conviene destacar que, en el caso ecuatoriano la promulgación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas definió nuevos parámetros regulatorios con los cuales el Ecuador puede participar en el mercado con la creación de empresas.

La “empresa pública” desarrolla una actividad comercial o industrial con un régimen jurídico entremezclado que combina el Derecho Público con el Derecho Privado⁴⁴. Del análisis realizado se deduce que en el Ecuador, solo podría suceder en las Empresas Públicas.

Sin desconocer que la finalidad comercial e industrial a cumplir por la entidad constituye la razón de ser que justifica el nacimiento de esta figura jurídica, en

⁴² En el caso ecuatoriano, antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, existían muchas empresas con figuras societarias definidas dentro del marco del derecho privado, y de las cuales el Estado participaba como accionista en el capital social, las cuales se encontraban encargadas incluso de la administración de servicios públicos o sectores estratégicos, tal es el caso de ANDINATEL S.A., PETROAMAZONAS S.A., entre otras.

⁴³ BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *“Régimen Jurídico de la intervención administrativa en la economía”*, Tecnos, Madrid, 1966, pg. 328.

⁴⁴ BREWER CARIAS, Allan R., *“Las empresas públicas en el Derecho Comparado”*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1967, pg. 73 – 74, en CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo” Tomo I, pg. 327.

algunas legislaciones como la Argentina se ha previsto que las actividades comerciales o industriales puedan, a su vez, configurar un servicio público.

En el caso Francés por ejemplo, la crisis que se produjo en la concepción de establecimiento público condujo a la introducción, en el marco de la organización administrativa, de una nueva entidad que se conoce con el nombre de “*establecimiento público comercial e industrial*” y que guarda similitud con la Empresa Pública, de forma similar a la que conocemos aquí. Sin embargo, se ha podido observar que a comienzos de este año, en Francia se han emprendido una serie de reformas legales que pretenden la venta de acciones de empresas conocidas en el mercado o bolsa de valores como el caso de Orange (Empresa Pública encargada de servicios de Telefonía), ello por concepto de la presión económica que tiene el presupuesto estatal de ese país.

En el Ecuador, el objetivo de la empresa pública, tal como se encuentra establecido en la Constitución es “la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”⁴⁵, texto con el que coincide la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que dice: “Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.”⁴⁶

Conforme los modelos tradicionales de la empresa pública, se considera su desarrollo para la implementación y cumplimiento de políticas públicas económicas, sociales y de control de los mercados para corregir distorsiones y concertaciones que menoscaban la competencia, así como prestar apoyo económico y compensación a “sectores económicos y sociales determinados”. La práctica internacional de la empresa pública también le encarga la actuación en áreas geográficas y económicas donde no incursionan las empresas privadas por su escasa rentabilidad.⁴⁷

Organismos Internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁴⁸, han desarrollado importantes directrices en

⁴⁵ Constitución, Art. 315.

⁴⁶ Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 4.

⁴⁷ *Ibíd.*, Art. 2.

⁴⁸ OCDE - Organización que agrupa a 34 países miembros (Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza, Turquía)

materia de administración pública, economía, desarrollo, o comercio, así vemos como las “*Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*” resultan ser una importante herramienta de análisis sobre la forma en que las empresas públicas pueden trabajar con miras a la competitividad y crecimiento empresarial en beneficio del Estado, estableciendo algunas recomendaciones sobre la forma de operación y regulación de la empresa pública, así:

El marco jurídico y regulatorio de las empresas públicas debería garantizar la igualdad de condiciones en los mercados en los que compiten las empresas del sector público y las empresas del sector privado, con el fin de evitar distorsiones de mercado. El marco debería basarse y ser plenamente compatible con los Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo. (...) ⁴⁹

En materia de regulación le corresponde al Estado emitir normativa que discipline la participación de los diferentes agentes económicos, ello con la finalidad de que exista cumplimiento al principio de plena competencia ⁵⁰ y todos los actores del mercado tengan oportunidad de participar en igualdad de condiciones, suprimiendo los privilegios que suele tener el ente estatal, evitando prácticas monopólicas o restrictivas que distorsionan la economía. ⁵¹

Para Roberto Dromi, el término regulación significa:

cuya misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

⁴⁹ Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo. En: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>. Consulta: 06 de octubre de 2015.

⁵⁰ En fiscalidad internacional, el principio de plena competencia (PPC) tiene su origen en el artículo 9 del modelo de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición entre países. La sección relevante de dicho artículo enuncia: “cuando se establezcan o impongan condiciones entre dos partes relacionadas, en sus transacciones comerciales o financieras, que difieran de las que se hubieren estipulado con o entre partes independientes, las utilidades que hubieren sido obtenidas por una de las partes de no existir dichas condiciones pero que, por razón de la aplicación de esas condiciones no fueron obtenidas, serán cuantificadas y registradas”.

⁵¹ Para el constitucionalista ecuatoriano Rodrigo Borja C. “consiste esencialmente en averiguar las finalidades que toca cumplir a ese complejo organismo social que se llama *Estado*, en descubrir las razones últimas de su existencia y en valorar tales razones en función de las necesidades humanas, para saber si el Estado responde a una demanda socialmente sentida o es acaso una entidad inútil en la vida de los hombres.”. Rodrigo Borja Cevallos, *Derecho político y constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 2da. Edición, 1991, Pág. 78, en JARAMILLO Villa, Fabián, “*Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador*, Tesis – Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, pg. 12.

Toda regulación normativa es, por definición, el lineamiento de una esfera legítima de expresión, al mismo tiempo, una frontera que no puede ser sobrepasada, so pena de violación de derecho. Este extremo demarcatorio tiene una significación objetiva por ser, simultáneamente, la línea delimitadora de los comportamientos permitidos y la valla que impide los comportamientos prohibidos.

Ello motiva el llamado bloque de legalidad o principio de juridicidad.⁵²

El Estado al intervenir en la economía para impulsar y promover el desarrollo de un país, se apoya en la planificación de política pública que va desde la regulación⁵³ de mercados hasta implantación de políticas que promuevan y garanticen un libre y sana competencia, pasando por la aplicación de políticas fiscales o tributarias, políticas presupuestaria, políticas laborales, políticas educativas, políticas investigativas, políticas comerciales internas, políticas comerciales externas, relaciones internacionales, fomento productivo, promoción de la inversión externa etc., las cuales se articulan para garantizar el cumplimiento de objetivos nacionales de corto, mediano y largo plazo.

En este sentido, es el Estado el también llamado a evitar que sus empresas públicas intervengan en sectores en los que no sea necesaria su presencia, por existir agentes económicos privados que puedan desarrollar esa actividad, como el caso de la industria textil.⁵⁴

En el caso ecuatoriano, SENPLADES es la entidad encargada a nombre del Estado de generar el análisis comparativo por sector y la información necesaria para la planificación nacional y toma de decisiones en política pública, y bajo esta premisa, debería ser el ente encargado de verificar los indicadores de gestión y

⁵² DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Pág. 507.

⁵³ Para CASSAGNE, en su obra *La Intervención Administrativa*, págs. 109 y ss. El principio de subsidiariedad sólo justifica la regulación en la medida en que sea necesario que el Estado deba intervenir (con su actividad legislativa y reglamentaria) para garantizar la continuidad y regularidad de los servicios públicos y armonizar las relaciones entre los prestadores del servicio y los usuarios. En cambio, cuando el funcionamiento del mercado permite la libre elección de los consumidores en un marco de oferta y demanda, sin que concurren posiciones dominantes que lo distorsionan, la regulación carece de sentido, como así también cuando es posible la llamada autorregulación o los acuerdos entre los sectores involucrados. Los mecanismos espontáneos o de consenso resultan siempre preferibles a cualquier regulación proveniente de los funcionarios, muchas veces alejada de la realidad o influida por criterios tanto políticos como ideológicos.

⁵⁴ En el Ecuador existen varias empresas públicas dedicadas a actividades que no se consideran sectores estratégicos, y por ende, una importante misión estatal radica en el análisis, estudio, control y supresión de empresas públicas no productivas y eficientes a los fines del Estado. Se hace referencia por ejemplo a la existencia en el mercado actual de la empresa **Fabricamos Ecuador FABREC EP** empresa dedicada a la confección de uniformes, calzado y mobiliario vario para la Policía.

productividad de las empresas públicas que intervienen en sectores estratégicos y generales.

1.2.2 Excepciones admisibles al régimen ordinario de contratación pública

Dentro del estudio se observa que, el Art. 34 de la Ley de Empresas Públicas prevé la forma en que procederán los procesos de contratación en las empresas públicas, y hace una diferenciación respecto a la aplicación del Régimen Común y Régimen Especial de contratación dentro de ese tipo de organizaciones.

En el caso del Régimen Común se menciona 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.

No obstante, se encuentra prescrito además un Régimen Especial o de excepción, cuya norma establece que para los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable, situación que constituye la fundamentación principal del problema que ha permitido el desarrollo del presente trabajo investigativo.

Del mismo modo, se prevé que tratándose de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional, las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto, y solo en lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En la revisión de la normativa se ha podido determinar que, como previsión de la norma en cuanto al Régimen Especial, se encuentra la posibilidad de Desconcentración Empresarial⁵⁵; en donde se faculta a las agencias o unidades de negocio a realizar sus propias contrataciones de manera desconcentrada, acogiendo las facultades, reglamentos y límites previstos por el Directorio de la Empresa

⁵⁵ Art. 34 numeral 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Pública, asignando la responsabilidad en el representante o administrador de la misma.⁵⁶

De otro lado, en el Art. 2 numeral 8) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de igual forma, se dispone el Régimen Especial o de excepción que corresponde a las Empresas Públicas en materia de contratación, y se establece que este régimen regirá de manera exclusiva en cuanto al “*giro específico del negocio*”; determinación que compete ser analizada y autorizada por el Director Ejecutivo del SERCOP, mediante resolución motivada e individual para cada empresa.

Adicionalmente, en el Art. 104 del Reglamento General de la LOSNCP, se regula la forma en que las Empresas Públicas operarán dentro de este régimen, especificando que son las actividades propias del *giro del negocio* que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, las que se exonerarían de aplicar el procedimiento ordinario previsto por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, previo trámite de calificación de las mismas ante el SERCOP (antes denominado INCOP).⁵⁷; para el efecto, la máxima autoridad de las empresas o sus delegados, remitirán al SERCOP la solicitud para que este determine las contrataciones que correspondan al giro específico y al giro común del respectivo negocio, cumpliendo con los requisitos previstos por el Director Ejecutivo de la mencionada institución. La definición de contrataciones sometidas a régimen especial por giro específico del negocio se publicará en una ventana especial del Portal de compras Públicas.

En la norma, se dispone que si a juicio del SERCOP este Régimen es utilizado como mecanismo de elusión de los procedimientos de contratación previstos en el Título III de la Ley, esta entidad procederá a notificar a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la LOSNCP, a fin de que realicen las acciones de control pertinentes.

⁵⁶ Una definición jurídica de “DESCONCENTRACIÓN” la podemos encontrar en el Art. 54 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

⁵⁷ De conformidad con la Disposición General Segunda de la Resolución N° 051-2011 emitida por parte del INCOP (Actualmente denominado SERCOP), en el caso de lo dispuesto en el Art. 104 del Reglamento General a la LOSNCP sobre “*contratos de orden societario*” (constitución – aumento de capital o reformas societarias) que por su ámbito no se encuentren regulados por la LOSNCP, se establece que dichos actos no deben formar parte del PAC, ni ser publicados en el portal.

En cuanto a las actividades diferentes al giro específico del negocio; es decir, aquellas que no contribuyan al mejoramiento de la producción, y la generación de utilidad para la empresa (dependiendo de su actividad económica), se deberán llevar a cabo siguiendo los procedimientos generales o especiales contemplados en la LOSNCP y su Reglamento General.

Todas estas disposiciones legales y reglamentarias, permiten las excepciones admisibles al régimen ordinario de contratación pública, pero que en un momento determinado, dan lugar a que las entidades y empresas públicas no apliquen de manera adecuada los procesos de contratación pública, lo cual constituye también parte de los aspectos sustanciales a ser analizados.

1.2.3 Análisis de la capacidad de asociación de las empresas públicas

Acorde lo prescrito en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se otorga una amplia capacidad asociativa, en función de la cual, las empresas públicas para el cumplimiento de sus fines empresariales, las cuales pueden constituir cualquier tipo de alianzas estratégicas, asociación, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, dentro del marco dispuesto en el Art. 316 de la Constitución de la República, que trata sobre la delegación de sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales el estado tenga mayoría, así como a la iniciativa privada, de forma excepcional.

Cabe resaltar señalar que la selección de la participación privada en este tipo de asociaciones, debe realizarse a través de concurso público, a excepción de asociaciones con empresas públicas de la comunidad internacional o sus subsidiarias, en estricta sujeción a los principios universales antes analizados.

Así mismo, la antes citada disposición legal, no establece las formalidades y lineamientos a seguir para el proceso de capacidad asociativa, lo cual no debería entenderse como una posibilidad de aplicar lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para los procesos de consultoría; de tal forma que la falta de claridad de esta disposición y la ausencia de una reglamentación apropiada al respecto, evidentemente constituyen las principales debilidades en la ejecución de los procesos de selección y control posterior.

Del análisis realizado, se entendería que la capacidad de asociación sirve para que las empresas públicas en la celebración de contratos que les corresponde puedan

cumplir sus objetivos en forma eficiente y realizar los emprendimientos que se definan, estando facultadas para someterse a los procesos de contratación previstos en los acuerdos y convenios celebrados para dicho efecto; y, solo supletoriamente a lo previsto en la LOSNCP, con la finalidad de poder agilizar sus tiempos, y ser competitivas en el sector en el que se desenvuelvan. De tal forma, que esta asociación podría dar lugar incluso a figuras implementadas en otros países, tal es el caso de la Asociación Público – Privada.

Es importante mencionar, que actualmente existe la intención del Ecuador de incorporar legislación que permita la apertura estatal a la Asociación Pública Privada para el desarrollo de proyectos de interés público, proyecto de ley que se encuentra en primer debate en la Asamblea Nacional y que próximamente entrará en vigencia, documento que establece entre otros detalles, mecanismos de incentivo para promover el financiamiento productivo y la inversión extranjera en el ámbito tributario⁵⁸, procesos de selección del gestor privado mediante concurso público, y la creación de un Comité Interinstitucional de Asociaciones Público – Privadas que será un órgano de la función ejecutiva, encargado de coordinar y articular políticas, lineamientos y regulaciones vinculadas a las APP. Al respecto, considero que el órgano más importante a ser tomado en cuenta dentro de este comité sería SENPLADES, debido a que este organismo concentra la metodología relacionada con planificación estatal, y cuenta actualmente con información e indicadores importantes sobre la productividad de las empresas públicas, tomando en cuenta además que SENPLADES es parte de todos los directorios de las empresas públicas, y tiene por misión velar por la articulación entre la gestión empresarial y la planificación nacional de la política pública en este tema.

Finalmente, debo resaltar que el análisis de principios generales de la contratación pública, el estudio acerca de la capacidad asociativa, y la referencia sobre la aplicación de régimen especial en la empresa pública, nos permitirán identificar en los capítulos siguientes la importancia de la empresa pública ante los

⁵⁸ Según menciona el proyecto que se encuentra en debate en la Asamblea Nacional, se prevé la exoneración del pago del impuesto a la renta durante el plazo de diez años contados a partir del primer ejercicio fiscal en el que se generen ingresos operacionales establecidos dentro del objeto de la APP, ello a partir del primer ejercicio fiscal en el que se generen, así como lo estarán los dividendos o utilidades que las sociedades que se constituyan en el Ecuador para el desarrollo de proyectos públicos en APP, y que deban ser pagados a sus socios o beneficiarios, cualquiera sea su domicilio.

niveles de competitividad que se requiere en la administración de ciertos sectores estratégicos, y el posible escape de los controles del derecho administrativo público que puede surgir con la aplicación de su régimen especial.

CAPÍTULO II

CAPACIDAD ASOCIATIVA DE LA EMPRESA PÚBLICA EN EL ECUADOR

2.1 Régimen Especial de contratación de conformidad con la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Con la puesta en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP), se implanta un *Régimen Especial de Contratación*, y según lo previsto en el Art. 2 de esa normativa, se posibilita este tipo de figura para las empresas públicas, las contrataciones entre empresas mixtas y del Estado, acorde lo establecido en su numeral 8.

Ante lo expuesto, el Art. 103 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su numeral uno, dispone que las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público, se sujetarán a lo previsto en el Art. 104 de esa norma.

Por su parte, el Art. 104 del Reglamento (Reformado por el Art. 9 del Decreto Ejecutivo N° 841 publicado en Registro Oficial N° 512 de fecha 15 de agosto de 2011), establece que las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público, deberán realizar un trámite a través de sus máximas autoridades o sus delegados, para remitir al INCOP (actual SERCOP) la solicitud para que éste determine las contrataciones que correspondan al giro específico y común del respectivo negocio, cumpliendo con los requisitos previstos por el Director Ejecutivo del INCOP.

Para el cumplimiento de esta previsión reglamentaria, el Director Ejecutivo del INCOP emitió la Resolución N° 051-2011 relacionada con las *Normas Complementarias para la Determinación del Giro Especifico del Negocio*, la misma que prevé los requisitos que deben cumplir las Empresas Públicas para la aprobación de este ámbito.

Adicionalmente, de manera mucho más amplia, y con la finalidad de que las Empresas Públicas puedan cumplir con su propósito empresarial, según el Art. 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se genera la posibilidad de que puedan constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía

mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del artículo 316 de la Constitución de la República.

Es así que en el Art. 34 de esta ley, se establece el Régimen Especial de Contratación al que se podrán sujetar las Empresas Públicas en el Ecuador en el caso de existir contratos o convenios asociativos con otras sociedades o personas jurídicas, y se dispone, que sean los documentos de convenio o societarios los que estipulen (en cada caso), la forma y procedimientos para la contratación.

Para la selección de socios privados en la constitución de empresas de economía mixta, teniendo en cuenta el principio de *transparencia*, la norma establece la obligatoriedad de realizar concurso público, y se dispone además, que para perfeccionar el acto societario de asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio de cada Empresa Pública.

En esta normativa hay apertura para que las Empresas Públicas ecuatorianas puedan asociarse libremente y sin necesidad de concurso público, con aquellas empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional, y se regula para que en el caso de empresas públicas encargadas de la gestión del agua, se acoja lo señalado el artículo 318 de la Constitución de la República.

Cabe destacar que la Ley Orgánica de Empresas Públicas no cuenta con un reglamento vigente que pueda regular este tipo de actividad, por lo que, de manera supletoria se acogería lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, en donde se dispone que para este tipo de contrataciones es un requisito que la máxima autoridad de la entidad contratante expida una resolución motivada en la que se justifique la existencia de la circunstancia o necesidad que le faculta acogerse al Régimen Especial, aprobará los pliegos, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio del procedimiento especial.

Es importante mencionar, que existen pocas empresas públicas que cuentan con un Reglamento para la aplicación de Régimen Especial de Contratación⁵⁹, que

⁵⁹Por ejemplo, la Empresa Pública “ECUADOR ESTRATÉGICO EP”, cuenta con un Reglamento para la aplicación de Régimen Especial de Contratación, según consta del Decreto 989 de la Presidencia de la República, emitido con fecha 29 de diciembre de 2011, y publicado en el Registro Oficial N° 617 de fecha 12 de enero de 2012.

haya sido emitido por la vía de un Decreto Ejecutivo en similares condiciones que su proceso de constitución. Algunas otras, no lo tienen por la vía de un Decreto Ejecutivo, y únicamente han emitido por resolución de sus máximas autoridades un reglamento o instructivo al respecto⁶⁰, ello como requisito luego de haber recibido la aprobación de su Solicitud de Determinación de Giro del Negocio por parte del SERCOP.

De lo analizado, se observa debilidad en las normativas específicas que regulan esta temática, puesto que su texto es bastante general, dejando muchos aspectos a discreción de las EP's, y bajo el control casuístico del Director del SERCOP.

De esta forma, el propio SERCOP tendría falencias en su revisión cuando califica como parte del giro del negocio actividades que no estarían relacionadas con la cadena productiva (caso de adquisición mobiliario en empresas que administran sectores estratégicos).

Al respecto, considero que la correcta aplicación de este régimen exige una reglamentación más estricta de un procedimiento único con parámetros claros para la determinación del giro del negocio, que impida la discrecionalidad del funcionario público al momento de contratar en régimen especial, dado que en la práctica, muchas empresas adquieren como parte de su giro del negocio, productos y servicios que deben ser regulados por el régimen común y bajo la lupa del Sistema Nacional de Contratación Pública, pese a la regulación individual y casuística del SERCOP.

2.2 Análisis respecto a los Convenios - Contratos - Alianzas y otras figuras asociativas que se pueden realizar con el sector privado o gobiernos de otros países, por parte de la Empresa Pública en el Ecuador.

Según Rufian:

Tradicionalmente se distinguen dos procedimientos para la provisión de obras y servicios públicos:

⁶⁰Es el caso de la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador E.P., RTVECUADOR, que con fecha 25 de abril de 2014 emitió su Resolución No. GG-007-2010 de 22 de octubre de 2010, en la que se expidió la "Normativa de régimen especial para la contratación de las actividades de giro específico del negocio de la empresa pública Televisión y Radio de Ecuador E.P. RTVECUADOR", luego de haber recibido el oficio INCOP No. DE-7837-2010 de 11 de octubre de 2010 en el que se aprobó la solicitud de giro del negocio.

- a) De manera directa, por parte del Estado, a través de sus entidades públicas centralizadas o aquellas descentralizadas; y,
- b) La indirecta, mediante diversos mecanismos de asociación o coparticipación entre el sector público y el privado, los cuales implican la intervención del sector privado en la provisión directa de la obra o servicio, pero manteniéndose el control y la titularidad de éstos bajo el Estado.⁶¹

Acorde lo dictaba la Constitución ecuatoriana del año 1998 en su artículo 249, la participación de la iniciativa privada era abierta y no de aplicación excepcional, ello a diferencia de la Constitución de la República del Ecuador vigente desde el año 2008, que en sus artículos 314 y 316, manifiesta que el Estado tiene por misión proveer los servicios y obras básicos a la sociedad, y puede delegar la ejecución de éstos a empresas públicas y excepcionalmente a la iniciativa privada, manteniendo siempre su control, regulación y poder sancionatorio, hasta el límite incluso de rescatar o retirar la delegación al privado, en caso de mal funcionamiento del servicio.

En definitiva, el Estado mantiene la titularidad de la infraestructura pública y su responsabilidad por la calidad de las obras y servicios públicos, incluso con la aplicación de estos mecanismos.

Es importante destacar, que muchas empresas públicas han planteado figuras societarias, contractuales, o administrativas que han permitido la inclusión de socios estratégicos, sean éstos gobiernos o sociedades extranjeras y locales que invierten recursos en los múltiples proyectos, conforme será analizado citando algunos ejemplos a los largo de este capítulo.

Estas figuras se han plasmado en Contratos de Alianza Estratégica⁶², constitución de Consorcios⁶³, Convenios suscritos de Gobierno a Gobierno, o la participación societaria en empresas de economía mixta.

⁶¹RUFIAN Lizana, Dolores M. *“Manual de Concesiones de Obras Públicas”*, Fondo de Cultura Económica, Coordinación General de Concesiones de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas, Primera Edición, Santiago-Chile, 1999, pg 11. Citado por MAINO, Viviana, *“Mecanismos de Asociación Pública – Privada”*, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2010.

⁶²La PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO ha dictado algunos parámetros dentro de los que se puede configurar o no una Alianza Estratégica, uno de los casos se puede observar en Absolución de Consultas - OF. PGE. N° 0433, de fecha 14 de febrero de 2011, *“Empresas Públicas – Alianza Estratégica”*, Entidad Consultante: Empresa Hidroeléctrica de Zamora Chinchipe.

En relación con el Contrato de Consorcio, el doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar⁶⁴, expresa que "El consorcio es un concepto indefinido en nuestra legislación y al que se le ha dado el tratamiento de sociedades de hecho. Sin embargo, el consorcio no es un contrato de sociedad, ni de cuentas de participación. El consorcio es una figura contractual atípica, que puede ubicarse como una especie de los denominados por la doctrina como contratos de colaboración empresarial". Sin embargo, en materia de contratación pública su categoría de "atípico" ha sido solventada en el caso Ecuatoriano con la aplicación de normativa que regula su implementación, como el caso de la que fue emitida por el SERCOP para la conformación de consorcios.⁶⁵

Se podría decir entonces que los Consorcios son agrupaciones de empresas o personas que ejercen la misma actividad económica o actividades conexas o complementarias, y tienen por objeto el direccionamiento de sus intereses mediante una organización común, sin una personalidad jurídica propia, ya que cada empresa de las asociadas conservan su personalidad e independencia jurídica.

Otra observación de lo que sucede en la práctica, cuando se aplica un Consorcio, radica en que las empresas, que conforman el consorcio permanecen jurídicamente autónomas, con patrimonios separados y responsabilidad propia respecto a terceros⁶⁶, pero únicamente para efectos tributarios son considerados como

⁶³ En el año 2014, la Estatal PETROAMAZONAS E.P., conformó cinco consorcios, socios que incluyen empresas estatales y privadas como: Schlumberger (Francia/ EE.UU) y Tecpetrol (Argentina); Sinopec International y SinopecServices (China). Con ello, se implementó un nuevo modelo de gestión a través de la aplicación de un Contrato de Prestación de Servicios Específicos Integrados con Financiamiento, lo que implicaría que el operador de los campos maduros seguiría siendo la empresa estatal, pero el riesgo de las inversiones a realizar será de las empresas contratistas, quien a su vez actúan como inversionistas. En: <http://www.telegrafo.com.ec/economia/item/ecuador-recibira-una-inversion-de-mas-de-2-000-millones-para-produccion-petrolera.html>. Consulta 20 de marzo de 2015.

⁶⁴ ARRUBLA, Paucar, Jaime Alberto, "Contratos Mercantiles", Tomo II -Contratos Atípicos- 2ª edición, 1.992, págs. 292.

⁶⁵ Resolución INCOP No. 046-2010, Capítulo Cuarto, "Procedimiento administrativo del registro único de proveedores RUP; registro de contratistas Incumplidos y adjudicatarios fallidos; registro de entidades Contratantes".

⁶⁶ La absolución de Consulta de la Procuraduría General del Estado, publicada en la Revista Jurídica No. 5, Año 1, diciembre-enero de 1998, págs. 19-20, dice: **CONSULTA:** ¿Puede el Comité de Contrataciones de la Policía Nacional aceptar como una sola oferta la de los consorcios S.-SI. y S.-Q-M., habiéndose presentado dos cartas de presentación y compromiso y dos promesas de consorcio, para la renovación del parque automotor de la Policía Nacional?.- **RESPUESTA:** Los consorcios o asociaciones, de conformidad con nuestra Legislación, no constituyen personas jurídicas capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones. Son sus integrantes, sean personas jurídicas o naturales, los que asumen y cumplen tales derechos y obligaciones, y han de hacerlo en forma solidaria e

una sociedad de hecho, y regulados como tal por el Servicio de Rentas Internas al otorgar un número de RUC distinto al de sus constituyentes.

En conclusión, el Consorcio no es una persona jurídica, sino una modalidad de contrato, por lo que, quienes lo conforman tienen amplia libertad para determinar los efectos del convenio que se suscriba, entendiéndose que la responsabilidad de los mismos es solidaria y mancomunada sobre todas y cada una de las obligaciones que se deriven de dicho contrato.

Por otra parte, en el caso de convenios con otros Estados, la Constitución de la República del Ecuador en sus artículos: 290 numeral 1, 263 numeral 8, 264 numeral 14, establece la posibilidad de gestionar la cooperación internacional para el cumplimiento de objetivos y competencias, ello a favor del Gobierno Central, así como de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en sus respectivos niveles de gestión.

En base a esto, el gobierno ecuatoriano ha realizado algunos emprendimientos empresariales en unión y con la inversión de gobiernos extranjeros, como el de la República Popular China, para ejecutar varios proyectos de relevancia nacional, siendo algunos de los principales entendimientos bilaterales, desde diciembre de 2010, los siguientes:

1. Suscripción del Acuerdo Comercial para la construcción de la Hidroeléctrica Toachi Pilatón, a cargo de la empresa *China Water and Electricity –CWE-* (Quito, 24 de diciembre de 2010).
2. Acuerdo con la empresa “Goldwind” para la construcción del Proyecto Villanaco que consta de once turbinas eólicas de 1,5 MW cada una, con un poder generador total que asciende a 16,5 MW. (Loja, Ecuador, junio de 2011).
3. Acuerdo Comercial con la Empresa CEIT para el proyecto de rehabilitación del ferrocarril transandino. (6 de julio de 2011)
4. Acuerdo de Crédito con el EXIMBANK para financiar la construcción de la represa Hidroeléctrica “Sopladora” - Gezhouba - (Beijing, 18 de octubre de 2011).

5. Acuerdo Comercial para la construcción de la Hidroeléctrica Delsitanisagua. Esta obra será construida con la empresa Hydrochina. (Zamora Chinchipe, Ecuador, octubre de 2011).
6. Firma del contrato entre la Corporación Eléctrica del Ecuador (CELEC EP) y la Empresa Pública China Harbin Electric International Co. Ltd. para la construcción del Proyecto Hidroeléctrico “Minas San Francisco” que aportará al sistema nacional interconectado 275 MW de potencia. (30 de diciembre de 2011).
7. CELEC adjudicó a Harbin Electric International el contrato para desarrollar la central de 96MW Esmeraldas II.⁶⁷

El objetivo al que apuntan este tipo de mecanismos es el de incrementar la eficiencia, eficacia y calidad de los servicios, y la reducción de tarifas a favor del consumidor final, persona de quien es garante el Estado, resultados que buscan sobretodo incrementar los niveles de competitividad en el país.

Al respecto, se considera que la responsabilidad de promover una asociación o coparticipación público - privada requiere de un marco normativo eficiente, y generar las condiciones para que este tipo de proyectos evolucionen desde una política de Estado, hacia un negocio entre dos partes, cuyo objetivo sea la rentabilidad que genere una provisión de servicios de óptima calidad a precios razonables. Sin embargo, en el caso ecuatoriano, aún no existe una normativa específica y clara que regule este tipo de relaciones y proyectos impulsados entre el Estado y los particulares.

2.3 Asociación Público – Privada en el ámbito internacional.

En los años setenta Latinoamérica vivió un proceso en el cual se dio prevalencia al dominio estatal en la gestión de prestación de servicios públicos y bienes. Sin embargo, esta decisión derivó en un amplio endeudamiento estatal que provocó una profunda crisis económica en los años ochenta.

Culminado ese periodo, muchos gobiernos decidieron implementar una serie de cambios constitucionales y normativos tendientes a reformar políticas fiscales, monetarias y de administración de los recursos públicos, que derivaron en una mayor

⁶⁷Embajada de Ecuador en China, Datos 2014. En: <http://www.ecuadorenchina.org/ec/ecuador-china>. Consulta 10 de marzo de 2015.

apertura comercial y reducción de la intervención estatal en la vida económica de los países.

La novedad del fenómeno radica, a finales de los 80 y a principios de los 90, en la generalización de esta “huida” del derecho administrativo, en desbandada, descontrolada y fraudulenta, con la deslegalización que ello supone de la vida del Estado.

La actuación a través de formas privadas – empresas públicas con manejo societario – era un fenómeno excepcional en la Administración clásica. Sin embargo, este fenómeno ha experimentado recientemente un cambio cualitativo, trascendental, al extenderse a actuaciones materialmente administrativas, a funciones que tradicionalmente se ha considerado de autoridad, esenciales a la soberanía. En efecto, la forma privada se reservaba para las actividades empresariales. Pero a finales de los 80, bloques enteros de ramas de la Administración Pública se han vestido de nuevas formas jurídicas, con un régimen privado, al menos para sus actividades logísticas: se cambian los regímenes de personal, de contratación, de disposición del patrimonio, de creación de sociedades, de presupuestos, etc.⁶⁸

Así se definieron nuevos esquemas de planificación estatal, y se generó la era de la privatización, con la perspectiva de que la inversión privada reemplazaría a la pública. Lastimosamente los indicadores económicos no reflejaron los resultados deseados, y por el contrario, el modelo privatizador fracasó en el intento de superar a la gestión pública.

En el caso europeo se pudo observar como por ejemplo, junto a las críticas doctrinales y la oposición política, el grado de descontrol del gasto público y la corrupción que alcanzó la Administración Española en esa época, llegó a tales extremos que a partir de 1995 se inicia una lenta vuelta al derecho público.⁶⁹

En el caso ecuatoriano, la Constitución del año 2008 ha generado una perspectiva estatal del mundo empresarial, ello alineado a una tendencia asiática de algo que denominado los críticos como “capitalismo estatal”⁷⁰, sin embargo la tendencia en la actual es la apertura a la dinámica e interacción con el sector privado.

⁶⁸ ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “Principios de Derecho Económico Público – Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica”, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2003, pág. 93 y 95.

⁶⁹ Ídem, pg. 116.

⁷⁰ Otros datos relevantes han sido difundidos por la revista *The Economist* en su número especial de enero 2012 que habla sobre el resurgimiento del “capitalismo de Estado”: 13 grandes empresas estatales controlan más de las tres cuartas partes de las reservas mundiales de petróleo, y en China y

Es así como, la aplicación de estrategias como las alianzas público-privadas, constituyen una alternativa media entre esos dos extremos, ante la ingente necesidad de infraestructura y entrega de obra pública para la sociedad.

En la actualidad, y en escenarios económicos difíciles, ante la precipitada caída del precio del barril del petróleo, los gobiernos han desarrollado esquemas para unirse con recursos externos y mejorar sus limitados presupuestos. Por otro lado, las empresas privadas, ante el mayor grado de competitividad en el mercado, se han visto forzadas a innovar su participación y proveer nuevos productos y servicios.

Es así que los estados prefieren delegar funciones que históricamente fueron públicas, al sector privado. Los gobiernos pretenden organizarse a sí mismos sumando los esfuerzos públicos y privados para optimizar su gestión presupuestaria, es decir, que los gobiernos han dejado de ser los productores de bienes y los proveedores de servicios, y han pasado a transformarse en los supervisores de aquellos contratados para hacer el trabajo.

Si bien, las empresas u organizaciones públicas y privadas tienen intereses y apuestan a consecuencias diferentes, en el caso del sector privado, éste responde a motivos de multiplicación y rentabilidad económica, buscando incrementar la productividad y calidad de sus productos para aumentar su participación en el mercado y ganar la confianza del consumidor. Por su lado, el sector público está más interesado en el desarrollo y crecimiento económico del Estado, buscando responder a los intereses de la sociedad. Y es en ese escenario que las alianzas entre el sector público y privado se pueden dar, esto es, cuando se reconoce un espacio en el cual los dos sectores comparten un interés común por un emprendimiento, construcción o aplicación.

En este contexto, y aunque los intereses de la empresa privada y la entidad pública podrían diferir, se pueden encontrar espacios de interés común, donde la parte pública, cumpla con su cometido de inversión y trabajo social, y la empresa privada, tenga su actividad en un nivel rentable y lucrativo, contribuyendo al beneficio de la sociedad en general.

En este trabajo se toma en cuenta la siguiente definición de alianzas público-privadas (APP): “los arreglos donde los sectores público y privado acuerdan unir

Rusia la reducción del sector público se ha producido de manera selectiva sin dejar de lado el control del Estado sobre las grandes firmas. En: <http://www.economist.com/node/21542931> (consulta: 6 de octubre de 2015).

recursos y capacidades para desarrollar tecnologías, infraestructura y proyectos para el desarrollo”.⁷¹

Resulta importante mencionar que el esquema de Asociación Público – Privada ha sido impulsado por organismos internacionales como el BID o la CEPAL, y adoptado por varios países, los mismos que incluso cuentan con un marco legal que lo regula, en Colombia por ejemplo, el 10 de enero de 2012 se emitió la Ley 1508, por medio de la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas⁷², norma que define a esta figura, de la siguiente forma: “Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de Capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia, riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.”. La característica principal de esa norma es la posibilidad de brinda al inversionista privado para generar nuevos proyectos de interés estatal, regulando su proceso de selección y condiciones.

Por otra parte, en el caso de Perú en el año 2008 se aprobó la “Ley macro de asociaciones público – privadas para la generación de empleo productivo, y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada” y existen varios reglamentos y normativa que regula la operación de la Asociación Público – Privada en ese país.⁷³

Sobre la definición que asigna esta norma a este tipo de alianzas, en su Art. 3, se establece: “Artículo 3.- Definición de Asociación Público-Privada (APP) Las Asociaciones Público Privadas - APP son modalidades de participación de la

⁷¹Sociedad Mexicana de Administración Agropecuaria, Revista Mexicana de Agronegocios, “Alianzas para el Desarrollo de Innovaciones Tecnológicas”, volumen IX, número 16, enero – junio 2005. En: <http://www.redalyc.org/pdf/141/14101604.pdf>. Consulta 8 de marzo de 2015.

⁷²Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Marco Normativo APP. En: <https://www.dnp.gov.co/programas/participaci%C3%B3n-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/marco-normativo-app.aspx> Consulta 10 de marzo de 2015.

⁷³ Proinversión – República del Perú, Marco Normativo de las APP's. En: <http://www.proinversion.gob.pe/modulos/jer/PlantillaPopUp.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=6019>. Consulta 10 de marzo de 2015.

inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos. Participan en una APP: el Estado, a través de alguna de las entidades públicas establecidas en el artículo precedente, y uno o más inversionistas privados.”

Uno de los mayores aportes que genera esta norma es la clasificación que realiza respecto de las APP’s, denominándolas de la siguiente forma, dependiendo del acuerdo o negociación que logren con el Estado:

- **Autosostenible:** Aquella que satisfaga las siguientes condiciones: i. Demanda mínima o nula garantía financiada por parte del Estado, conforme se establezca en el Reglamento. ii. Las garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos.
- **Cofinanciada:** La que requiere del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos.

Se podría decir entonces que en Perú, la Asociación Público – Privada es parecida a una concesión, y la única diferencia radica en el compromiso de reembolso directo del Estado. Ello implica que en lugar de que el Estado se endeude, podría seleccionar inversionistas, por ejemplo para la construcción de hospitales. Los inversores tratarían su creación como una empresa y gestionarían la infraestructura. Así, el Estado paga en diferido la construcción de esta obra más el margen de utilidad pactado entre las partes, y una vez terminado el pago del precio, la obra retorna a propiedad y control absoluto del Estado.⁷⁴

Naciones como Brasil, Chile, Perú, México y Colombia, cuentan con los marcos normativos más desarrollados en América Latina para combinar inversiones públicas y privadas, según lo expresa el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).⁷⁵

⁷⁴ SPURRIER, Baquerizo, Walter, “Alianza Público Privada”, Sección Opinión, Diario El Universo del 28 de septiembre de 2014. En: <http://www.eluniverso.com/opinion/2014/09/28/nota/4037046/alianza-publico-privada>. Consulta 10 de marzo de 2015.

⁷⁵ Banco Interamericano de Desarrollo – BID, “Evaluando el entorno para las asociaciones público – privadas, en América Latina y el Caribe: Infrascopio 2014”. En:

Según el modelo de Concesión, las compañías ponen el capital para la construcción de las obras y como forma de compensación reciben la concesión de su gestión durante un periodo de tiempo determinado. Sin embargo, el cobro de tasas por servicios públicos es la principal debilidad que ha sido observada y criticada socialmente. Pero al ser la empresa encargada de la construcción, la beneficiaria de la concesión, tiene un mayor interés en que la obra se haga con la mejor calidad posible para evitar mantenimiento y gastos posteriores.

Para los empresarios, la participación pública en los proyectos reduce el riesgo de la inversión y facilita los trámites de índole legal para la intervención, tal es el caso de las expropiaciones para ejecución de obra pública.

Cada vez más países han creado asociaciones público–privadas (APP) para promover la oferta de activos y servicios de infraestructura por parte del sector privado.⁷⁶

Como beneficio general, las APP’s permiten a los gobiernos diferir el gasto en infraestructura. Sin embargo, si las APP’s no son económicamente reguladas pueden dar lugar a trasladar el gasto en público fuera del presupuesto estatal, con el riesgo consecuente de que se generen obligaciones no planificadas.⁷⁷

<http://www.iadb.org/es/temas/alianzas/alianzas-publico-privadas,1714.html>. Consulta 12 de marzo de 2015.

⁷⁶Según AKITOBY, Bernardin; HEMMING, Richard; y, SCHWARTZ, Gerd; en su obra *“Inversión Pública y Asociaciones Público-Privadas”*, Fondo Monetario Internacional – Temas de Economía, Washington, D.C., 1996, pág. 10: “Una diferencia entre las APP (financiamiento privado) y las adquisiciones públicas tradicionales (financiamiento público) es la estructura de los contratos involucrados. Mientras que en el caso del financiamiento público quien contrae deuda es el Estado, en el marco de una APP la deuda es contraída por el sector privado. A su vez, el Estado celebra con el sector privado un contrato de servicio de largo plazo, en el que se especifican sus obligaciones de pago y demás responsabilidades frente a ese sector. En algunos pocos casos, quizás el Estado no tenga obligaciones directas de pago (por ejemplo, cuando se trata de una carretera de peaje), pero en la mayoría de estos acuerdos tiene obligaciones directas (por ejemplo: pagos por disponibilidad y peajes indirectos o “peajes sombra”). Además, generalmente tiene obligaciones contingentes explícitas o implícitas.”

⁷⁷ En la Consulta (**OF. PGE. No.:** 01520, de 26-04-2011.) absuelta por parte de la Procuraduría del Estado, de fecha 26 de abril de 2011, y publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 471 de fecha 16 de junio de 2011, se manifiesta que el endeudamiento deberá enmarcarse dentro del marco de los Planes Nacional y Local de Desarrollo y con sujeción a las políticas que emita el Comité de Deuda Pública, de conformidad con el artículo 44 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Se establece además, que los recursos para pagar tales créditos deben ser debidamente presupuestados según dispone el artículo 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, y los créditos se deben destinar a los objetivos empresariales para los que fueron contratados.

En el caso ecuatoriano, el Art. 292 de la Constitución de la República del Ecuador establece excluir del Presupuesto General del Estado a los ingresos y egresos pertenecientes a la gestión de las empresas públicas.

Según Bernardin Akitoby, Richard Hemming, y Gerd Schwartz⁷⁸, las APP bien estructuradas e implementadas brindan la oportunidad de generar mayor eficiencia en la construcción de activos de infraestructura y la prestación de los servicios públicos, y por ende, reducen también el coste público cuando brinda dichos servicios.

Los autores antes referidos, identifican qué pueden hacer los Estados para verificar que las Alianzas Público – Privadas suministren servicios de infraestructura de alta calidad, y mencionan que los requisitos esenciales son tres: **1)** un marco jurídico adecuado que rija la actividad de las APP; **2)** implementar procesos para seleccionar los socios de las APP, definiendo la función que desempeña el ministerio de finanzas en los riesgos proyectados; y, **3)** definir con claridad las obligaciones contractuales en las que se basan las APP y que determinan directamente el riesgo fiscal en que incurre el Estado. Actuando siempre con transparencia de la contabilidad fiscal y una difusión amplia y completa de todos los riesgos fiscales.

En este estudio realizado por el FMI, se ha señalado la relevancia de contar con un marco jurídico eficaz que contemple todos los aspectos del proceso de las APP. Sin embargo, cada país marcará considerables diferencias dependiendo de sus políticas públicas. Y que por ejemplo, en el *common law* quizá no existan leyes específicas, ante lo cual todas las estipulaciones deben ser incorporadas en los contratos, y con ello la consecuencia de elevar significativamente el costo de negociación contractual.

En países como Chile este tipo de emprendimientos ha tenido éxito a través de un programa general de concesiones y manejo de empresas públicas, por tener un esquema normado y reglamentado. Pero en países como Perú, el marco jurídico relacionado con APP aún resulta débil en la aplicación de contratos.

El FMI en los estudios realizados sobre esta temática, ha manifestado la necesidad de:

⁷⁸ AKITOBY, Bernardin; HEMMING, Richard; SCHWARTZ, Gerd; “*Inversión Pública y Asociaciones Público-Privadas*”, Fondo Monetario Internacional – Temas de Economía, Washington, D.C., 1996, pág. 11.

perfeccionar los criterios originales de control y seguimiento de las APP's, de la siguiente manera:

1. Hacer mayor incapié en el desempeño económico y financiero, como la tasa de rendimiento de las inversiones hechas anteriormente, y en la sostenibilidad de las empresas públicas, considerándose en este caso si están invirtiendo lo suficiente para seguir siendo viables.
2. Atribuir mayor importancia a la transparencia, reflejada en la observancia de los códigos de buen gobierno corporativo, y la realización de auditorías a cargo de firmas privadas reconocidas y con arreglo a las normas internacionales.
3. Prestar especial atención al hecho de que algunas empresas públicas operan en sectores regulados (por ejemplo al evaluar políticas de fijación de precios de injerencia estatal sin comparar normas similares que regulan el sector privado).
4. Centrar la atención en el saldo operativo al evaluar la rentabilidad de las empresas públicas y sus alianzas estratégicas o asociaciones, y utilizar parámetros de referencia más amplios para estas empresas públicas cuando no haya grupos obvios de comparación en el sector privado y la contabilidad sea difícil de interpretar.
5. Reconocer en el análisis de las subvenciones que incluso algunas empresas privadas realizan operaciones cuasi-fiscales y reciben subvenciones, y concentrarse en analizar si las otorgadas a las empresas públicas son transparentes, si se implementan a través del presupuesto y si pueden acceder a ellas los competidores del sector privado.⁷⁹

En función de estas consideraciones, se justificaría una flexibilidad para la inclusión de las empresas públicas dentro de los indicadores fiscales.

Atendiendo a la transparencia con la que deben actuar los gobiernos, sería importante que se difundan estadísticas sobre las operaciones y gestión de las empresas públicas en cada país.

2.4 Mecanismos asociativos, y ejemplos de desarrollo y competitividad empresarial pública en el Ecuador.

⁷⁹ Ibíd, pág. 7 - 8.

En muchas de las empresas públicas que intervienen en sectores estratégicos, se han planteado figuras societarias o administrativas que han permitido la inclusión de socios estratégicos, sean éstos gobiernos o sociedades extranjeras que invierten recursos y asistencia técnica en los diferentes proyectos.

Es importante destacar que el Artículo 7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece que el titular del organismo nacional de planificación, o su delegado permanente, es miembro de todos los directorios de las empresas públicas constituidas por la Función Ejecutiva. Por lo tanto, la SENPLADES, como parte de todos los directorios de las empresas públicas, tiene por misión velar por la articulación entre la gestión empresarial y la planificación nacional de la política pública en este tema.

Según información obtenida en SENPLADES, hasta el año 2013, el Ecuador contaba con 28 empresas de la Función Ejecutiva, de las cuales 25 son públicas, es decir, 100% de propiedad estatal, y tres empresas son subsidiarias de economía mixta, donde el Estado tiene al menos el 51% de participación accionaria. En relación a las empresas creadas por los GAD, hasta octubre de 2013, existen alrededor de 212 empresas. En el caso de las universidades, se cuenta con diez empresas públicas a nivel nacional.

En cumplimiento a las disposiciones constitucionales se han creado empresas destinadas al manejo de los sectores estratégicos (16 de las 28 existentes), con el propósito de alcanzar la soberanía nacional en el manejo de los recursos naturales no renovables como el petróleo y los minerales metálicos y no metálicos; la regulación de monopolios en las telecomunicaciones; el suministro y el acceso a servicios públicos de dotación de energía eléctrica, telefonía fija, telefonía móvil, postales. A estas se suman otras empresas que cumplen fines productivos, sociales y de seguridad; cuyos roles, también importantes, tienen relación con la regulación de precios en el mercado, la prestación de servicios que en el sector privado no tiene interés prioritario, la contribución directa o indirecta en la ejecución de políticas sectoriales. Finalmente, la creación de Yachay EP destinada para la administración de la *Ciudad del Conocimiento* ubicada en Urcuquí, constituye un desafío en el ámbito de la educación superior, la investigación científica, la transferencia de tecnología y la promoción de emprendimientos productivos.

La tabla detallada a continuación, muestra el total de empresas públicas pertenecientes a la Función Ejecutiva (Información de SENPLADES con datos hasta el año 2013):

SECTORES ESTRATÉGICOS	
HIDROCARBUROS	EP PETROECUADOR
	PETROAMAZONAS EP
	FLOTA PETROLERA ECUATORIANA FLOPEC EP
	REFINERÍA DEL PÁCIFICO CEM
	OPERACIONES RIO NAPO CEM
MINERÍA	EMPRESA NACIONAL MINERA ENAMI EP
	GRAN NACIONAL MINERA MARISCAL SUCRE CEM
ELECTRICIDAD	CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR CELEC EP
	CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD CNEL EP
	ELECTRICA DE GUAYAQUIL EP
	COCASINCLAIR EP
	HIDROLITORAL EP
TELECOMUNICACIONES	CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP
	TELEVISIÓN Y RADIO DEL ECUADOR EP RTV ECUADOR
	CORREOS DEL ECUADOR EP
OBRAS	ECUADOR ESTRATÉGICO EP
OTROS SECTORES	
PRODUCTIVO	TAME EP
	FERROCARRILLES DEL ECUADOR EP
	EMPRESA PÚBLICA CEMENTERA DEL ECUADOR EPCE
	INFRAESTRUCTURAS PESQUERAS DEL ECUADOR EP
	UNIDAD NACIONAL DE ALMACENAMIENTO EP
	EMPRESA PÚBLICA IMPORTADORA EPI EP
SEGURIDAD	ASTILLEROS NAVALES DEL ECUADOR ASTINAVE EP
	EMPRESA DE MUNICIONES SANTA BÁRBARA EP
	FABRICAMOS ECUADOR FABREC EP
SOCIAL	EMPRESA NACIONAL DE FÁRMACOS ENFARMA EP
	EMPRESA PÚBLICA DE PARQUES URBANOS Y ESPACIOS PÚBLICOS EP
CONOCIMIENTO Y TALENTO HUMANO	YACHAI EP

Fuente: SEMPLADES, CGEP

En el sector petrolero ecuatoriano existió una reconfiguración del manejo del recurso petrolero, con lo cual las empresas públicas tomaron el protagonismo de la cadena de valor.

El sector hidrocarburífero tiene tres empresas públicas, EP Petroamazonas que es la encargada de la exploración y explotación de los campos de petróleo y gas; mientras que EP Petroecuador es la empresa encargada del transporte, refinación y comercialización de los combustibles, además de las importaciones y exportaciones de los derivados del petróleo. Contando además con la EP Flopec encargada del transporte marítimo de hidrocarburos.

Además, se conformaron dos empresas de naturaleza mixta: Operaciones Río Napo CEM, encargada de la operación del campo Sacha, cuyo paquete accionario le pertenece en un 70% a Petroamazonas EP y el 30% a PDVSA; y, la Refinería del Pacífico CEM, creada para la construcción y operación del complejo refinador en Manabí, cuyo paquete accionario actualmente le corresponde a EP Petroecuador en un 51%, y a PDVSA en un 49%.⁸⁰

Conforme se pudo verificar de un boletín de prensa emitido por el ministerio del ramo:

PETROAMAZONAS E.P., en el mes de abril de 2015, ha suscrito dos contratos para la exploración y explotación petrolera. Uno de los acuerdos logrados trata de la adjudicación del Bloque 28, provincia de Pastaza, dentro del cual se ha conformado un consorcio por parte de las empresas estatales Petroamazonas EP (Ecuador), EnapSipetrol (Chile) y Belorusneft (Bielorrusia), el mismo que se encuentra conformado en un 51% por la empresa pública ecuatoriana Petroamazonas EP; la chilena Enap Sipetrol con el 42%; y, la bielorrusa Belorusneft con 7%. Este proceso adjudicado inició en el 2013, y constituye una alianza estratégica entre los países para desarrollar nuevas inversiones y proyectos en ese sector.⁸¹

Si verificamos este tipo de emprendimientos podemos observar con claridad que el Estado en colaboración con el sector privado o cooperación con otros gobiernos, puede gestionar interesantes proyectos para beneficio de la sociedad. Sin embargo, un marco normativo que regule la aplicación de estas estructuras influiría positivamente para evitar discrecionalidad y corrupción.

⁸⁰Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo - SENPLADES, *“Empresas Públicas y Planificación, su rol en la transformación social y colectiva”*, publicación año 2013. En:<http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-P%C3%ABlicas-web.pdf>.

⁸¹ Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos, boletín de prensa, *“Estado ecuatoriano firma contratos de exploración y explotación para bloques 28 y 47 por una inversión inicial de USD 100 millones”*, En: <http://www.sectoresestrategicos.gob.ec/estado-ecuatoriano-firma-contratos-de-exploracion-y-explotacion-para-bloques-28-y-47-p-por-una-inversion-inicial-de-usd-100-millones/>

Desde el punto de vista financiero, la SENPLADES divide a las EP en tres categorías: **a)** las que deben lograr ganancias financieras, **b)** las que deben prestar un servicio social; y, **c)** las que son temporales y se enfocan en la construcción de proyectos de obra pública.

En información de empresas públicas cargada a sus páginas web, acorde lo dispuesto por la Ley de Transparencia; Petroamazonas y Petroecuador, dedicadas a la explotación de hidrocarburos y a su transporte, reportan ganancias sostenidas. Otras se encuentran en periodo de inversión, como la Corporación Eléctrica del Ecuador, que está construyendo grandes proyectos hidroeléctricos que aún no empiezan a funcionar. Pero hay empresas que tienen sus estados financieros en rojo, como el caso de TAME, El Telégrafo, y la Empresa Pública Cementera (Resultado de la fusión de las estatales Guapán S.A. y Cementos Chimborazo).⁸²

Al respecto, SENPLADES en varios de sus comunicados e informes se ha pronunciado en el sentido de que algunas EP generan gran rentabilidad económica para el país (caso de la CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT o la CELEC), aunque sus balances puedan no mostrar rentabilidad financiera.

Considerando lo expuesto, es evidente que la estructura y planificación de la gestión de las Empresas Públicas debe ser evaluada periódicamente, ya que existen varias EP (sobre todo en los niveles desconcentrados de gobierno), que han dejado de cumplir su misión productiva para convertirse en una carga más para el gasto en el presupuesto público.

Este tipo de emprendimientos en Asociación Público – Privada se encuentra permitido para las EP's de conformidad con la capacidad asociativa prevista en el Art. 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Por otra parte, es importante resaltar que debido a la situación económica que vive el país, principalmente derivada de la proyección sobre el precio del barril de petróleo a nivel internacional, el estado se encuentra tomando varias medidas como parte de su política fiscal y pública en general, y es así como este año, el Ecuador se encuentra viviendo un proceso de transformación en su concepción sobre la prestación de servicios y desarrollo de obra pública, un ejemplo de esta nueva perspectiva, la encontramos en el Decreto Ejecutivo 582 de fecha 18 de febrero de

⁸²Tristana Santos, “¿Sabe usted que son las EP?”, Revista Vistazo, Edición N° 1144, 24 de abril de 2015.

2015, que fue publicado en el Registro Oficial N° 453 de fecha 06 de marzo de 2015, y que tiene relación con la emisión del “Reglamento del Régimen de Colaboración Público - Privada” y el proyecto de “Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público – Privadas, y la Inversión Extrajera”, que fue sometido a debate en la sesión número 352 del Pleno de la Asamblea Nacional.

Finalmente, este capítulo se ha desarrollado un detalle de lo que en la práctica constituye la aplicación de alianzas entre el estado y el sector privado, lo cual evidentemente se relaciona con lo expuesto en la segunda parte de esta investigación referente a la capacidad asociativa y forma de contratación en la empresa pública. En el siguiente capítulo y en base al análisis de casos prácticos se pretende identificar cómo los principios rectores de la contratación estudiados en la primera parte de la tesis, y las normas de control para la ejecución de presupuesto público, deben estar ineludiblemente ligados a los procesos de contratación ejecutados bajo el régimen especial que favorece a las Empresas Públicas.

CAPÍTULO III

3.1. Problemas derivados de la aplicación de procesos contractuales que escapan del derecho público y análisis de caso práctico

Del análisis general del problema central identificado que es motivo de la tesis, se ha podido observar las inconsistencias que presenta la normativa vigente en materia de contratación de obras, bienes, servicios incluidos los de consultoría, bajo el régimen especial que aplican las empresas públicas, y se ha podido evidenciar el vacío que existe en las disposiciones legales y normativas que rigen en la parte adjetiva, la aplicación de convenios asociativos, y la aplicación de giro del negocio, situación que constituye el problema principal identificado y que justifica el desarrollo de este trabajo; por tanto, esta situación constituye la debilidad jurídica que requiere ser mejorada; caso contrario, podría dar origen al cometimiento de aplicaciones impropias por parte de los funcionarios, servidoras y servidores encargados de la administración, control y custodia de los recursos públicos que se adquieren para el normal desempeño de estas empresas.

Las disposiciones legales y reglamentarias a las que hago referencia fueron analizadas en los capítulos anteriores; sin embargo, conviene reiterar sobre aquellas disposiciones que se encuentran inmersas en la identificación del problema central; así: El Art. 2 numeral 8) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que refiere a la aplicación del régimen especial de contratación; Art. 34 numeral 3) de la Ley Orgánica de Empresa Públicas, que establece la aplicación del régimen especial en las empresas públicas, con la expedición de convenios marco asociativos o contratos, en los cuales se determina los procedimientos de contratación y la normativa a ser aplicada en los procesos de contratación; no obstante, cabe también señalar la existencia de la reforma al Reglamento General a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedida con Decreto ejecutivo 1499 publicado en el Registro Oficial No. 916, 20 de marzo del 2013, cuyo Art. 99 numeral 1), establece que la máxima autoridad contratante o su delegado emitirán una resolución en la que conste la conveniencia y viabilidad técnica y económica de

la contratación que se requiera bajo el régimen especial; estando implícitos en la aplicación de este régimen adicionalmente los Arts. 103 a 105 de este Reglamento.

Pese a la existencia de las citadas disposiciones legales y reglamentarias vigentes, con la aplicación de los convenios y/o contratos en régimen especial previsto por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se ha podido detectar la aplicación impropia de procesos contractuales que escapan del derecho público, pero que adicionalmente no consideran ninguno de los principios y controles que requiere la administración del presupuesto público.

Conviene resaltar adicionalmente, que a lo largo de este estudio se pudo observar que el problema planteado también se produce debido a la inadecuada o confusa aplicación de procedimientos al no estar establecidos con parámetros claros en las citadas disposiciones legales, reglamentarias y normativas, que fueron analizadas en los capítulos anteriores, determinándose la falta de procedimientos uniformes que regulen con objetividad los procesos de contratación bajo el régimen especial en las empresas públicas del Ecuador, cuyos efectos podrían ocasionar inclusive perjuicios económicos a los recursos del Estado, en razón de una potencial aplicación discrecional e impropia de los procedimientos de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, que responden en su mayoría a normativas internas dictadas por las propias empresas involucradas. Situación que a su vez, podría dar lugar al establecimiento de responsabilidades administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penal, como resultados de la auditoría gubernamental que pueda realizar la Contraloría General del Estado.⁸³

Lo descrito anteriormente tiene estrecha relación con la ausencia o falta de mejoramiento de los controles internos que incluyen a las disposiciones legales y normativas, que permitan a sus administradores salvaguardar el buen uso de los recursos materiales, financieros y tecnológicos que disponen las empresas públicas.

Por tanto he considerado pertinente que, como parte del estudio realizado, conviene presentar un análisis general y específico respecto a los sistemas y

⁸³ En Oficio N° 04235 de fecha 13 de octubre de 2011, la Procuraduría General del Estado, absuelve consulta a la empresa HIDROLITORAL E.P., estableciendo que si bien el art 47 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no ha previsto la práctica de exámenes especiales, dicho mecanismo es aplicable a ellas, atento el numeral 1 del art. 212 de la Constitución, el art. 19 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, y art. 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prevé que en materia de contratación, las empresas públicas no estarán exentas del control posterior que pueden y deben ejercer las instancias con competencia para ello en el país. Finalmente, aclara que el art. 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, regula la calificación, selección, y contratación de compañías privadas de auditoría externa e independiente.

mecanismos de control, previstos en la Constitución y legislación vigente, los cuales norman y regulan la gestión del control interno y externo que debe ser aplicado en las empresas públicas, lo que incluye de manera general a los procesos de contratación.

Para el efecto, en el marco del derecho público previamente conviene mencionar las disposiciones que rigen en materia de control interno y externo los recursos públicos que se encuentran bajo responsabilidad de funcionarios, servidores y servidoras encargados de su administración en las entidades y empresas públicas.

Control Interno

El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece lo que significa el control interno y sus elementos; en suma manifiesta lo siguiente:

El control interno constituye un proceso aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada institución, que proporciona seguridad razonable de que se protegen los recursos públicos y se alcancen los objetivos institucionales. Constituyen elementos del control interno: el entorno de control, la organización, la idoneidad del personal, el cumplimiento de los objetivos institucionales, los riesgos institucionales en el logro de tales objetivos y las medidas adoptadas para afrontarlos, el sistema de información, el cumplimiento de las normas jurídicas y técnicas; y, la corrección oportuna de las deficiencias de control. El control interno será responsabilidad de cada institución del Estado y tendrá como finalidad primordial crear las condiciones para el ejercicio del control externo a cargo de la Contraloría General del Estado...

El artículo 12 de la misma Ley, establece los tiempos del control interno, determinando la obligatoriedad de realizar el **control previo** que establece el análisis de las actividades institucionales proyectadas o propuestas, respecto de su legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad, pertinencia y conformidad con los planes y presupuestos institucionales; el **control continuo**, que prevé la función de inspección continua de las entidades públicas constatando la oportunidad, calidad y cantidad de obras, bienes y servicios que se reciben o prestan de conformidad con la ley, los términos contractuales y las autorizaciones respectivas; y, finalmente, el **control posterior** que dispone la existencia de un departamento de auditoría interna que sea el responsable del control posterior interno ante las respectivas autoridades y que se aplica a las actividades institucionales, con posterioridad a su ejecución, ello mediante la práctica de la auditoría gubernamental.

Para una mejor ilustración, conviene señalar lo que significan los recursos públicos que son administrados por las entidades y empresas estatales, cuyo concepto se encuentra previsto en el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que expresamente señala:

Recursos Públicos.- Para efecto de esta ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales. Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución, hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio, sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley.

Control externo

Sobre la base de la administración de los recursos públicos que se encuentran a cargo de los funcionarios, servidoras y servidores responsables; y, del control interno diseñado y adaptado en las organizaciones, se origina el control externo que le corresponde a la Contraloría General del Estado, de acuerdo con el mandato Constitucional y la ley de la materia; así:

El artículo 211 de la Constitución de la República, faculta al Organismo Técnico de Control, establece que la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los fines de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

Adicionalmente el Art. 212 de la Constitución, determina las funciones de la Contraloría General del Estado, que en resumen son: **1)** Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos; **2)** Determinar responsabilidades administrativas, civiles

culposas, e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado, **3)** Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones; y, **4)** Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.

El control externo que ejerce el Organismo Técnico debidamente facultado por la Constitución de la República, a los recursos que administran las empresas públicas; a su vez, se encuentra prescrito en el TÍTULO VIII, Art. 47 de la Ley Orgánica de Empresa Públicas, el mismo que dispone a la Contraloría General del Estado dirigir el sistema de Control Administrativo en las empresas públicas, sistema que se compone de los sistemas de Control Externo e Interno establecidos en esta Ley, estableciendo adicionalmente que el Control Externo que le corresponde a esta entidad se realizará mediante auditoría financiera realizada a través de empresas especializadas en cada industria o sector, calificadas para el efecto, y que la Contraloría determinará el proceso de selección de las firmas auditoras especialistas.

Sobre el proceso de auditoría financiera la norma requiere que este informe se realice respecto a un periodo determinado, sobre la razonabilidad de las cifras presentadas en los estados financieros de una empresa pública y el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias aplicables, concluyendo con la elaboración de un informe profesional de auditoría, en el que se incluirán las opiniones correspondientes.

Continuado con el análisis a las citadas disposiciones se colige que, sobre la base de la gestión realizada por los funcionarios, servidoras y servidores encargados de la administración de los recursos públicos, que están sujetos a las acciones de control interno y externo; y, como resultado de la ejecución de la auditoría gubernamental, la Contraloría General del Estado, está facultada de ser el caso para determinar responsabilidades conforme a lo dispuesto en el Art. 212 de la Constitución de la República, de la siguiente forma: “...responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.”.

Para el efecto, el Art. 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que guarda concordancia con la antes citada disposición constitucional, dispone lo siguiente:

A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. Previamente a la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas que se desprendan de los informes elaborados por las auditorías internas, la Contraloría General del Estado examinará el cumplimiento de los preceptos legales y de las normas de auditoría y procederá a determinarlas con la debida motivación, sustentándose en los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes...

En consecuencia, del análisis jurídico presentado respecto a los sistemas de control de los recursos fiscales que son administrados por empresas públicas, dentro de los cuales se encuentran inmersos los procesos de contratación por el régimen especial o en el marco de convenios asociativos, que constituye el problema identificado, se deduce que por falta de observancia a las disposiciones legales vigentes en la administración de los recursos públicos y la aplicación inadecuada de los procesos de contratación, podrían ocasionarse inclusive perjuicios económicos a los recursos del Estado, en razón de la aplicación indebida de métodos o prácticas improcedentes en la adquisición de bienes o servicios; por tanto, podrían dar lugar a la determinación de responsabilidades administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penal, en contra de funcionarios, servidoras y servidores encargados de su administración, control y custodia.

Análisis de casos prácticos

Con la finalidad de evidenciar los resultados del análisis jurídico antes mencionado, se procedió a recopilar información y documentación, la misma que se encuentra publicada en las páginas Web de distintas organizaciones y entidades del sector público; entre otras: la página web www.sercop.gob.ec, perteneciente al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), relacionada sobre procesos de contratación; y, de la Contraloría General del Estado, respecto a los informes de auditorías y exámenes especiales que se encuentran aprobados y publicados en la página web: www.contraloría.gob.ec

Con la aplicación de esta metodología, se seleccionaron dos informes emitidos por el Organismo Técnico de Control, los mismos que sirvieron de

fundamento para demostrar las debilidades y problemas que se desprenden con la aplicación inadecuada del régimen especial de contrataciones en las empresas públicas, situaciones que podrían acarrear potenciales responsabilidades como resultado de las acciones de control, conforme a lo prescrito en los Arts. 212 de la Constitución de la República y 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Resultados obtenidos del análisis a informes emitidos y aprobados por la Contraloría General del Estado

Caso 1 – Aplicación de Convenios Asociativos en Empresas Públicas

La Contraloría General del Estado, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, realizó un examen especial de ingeniería a varios contratos, convenios y acuerdos celebrados para la ejecución de obras civiles en el Bloque 7, a cargo de la Empresa Pública de Exploración y Explotación de Hidrocarburos PETROAMAZONAS-EP, por el período comprendido entre el 1 de marzo de 2012 y el 31 de diciembre de 2013. De cuya acción de control emitió el informe DAPyA-0039-2014, que fue aprobado por el Contralor General, el 18 de agosto de 2014, conforme dispone el Art. 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Cabe señalar que, de conformidad con las normas que rigen para la auditoría gubernamental, los informes emitidos por este Organismo de Control, deben contener comentarios, conclusiones y recomendaciones.

Del análisis realizado, se desprende que en las páginas 14 a la 16 del citado informe, se revela un comentario con el siguiente titular: ***“Para la emisión de los procedimientos para contrataciones y criterios de evaluación de los procesos contractuales, se utiliza legislación no aplicable”***.

En la parte medular del comentario de los auditores se afirma que el Directorio de la Empresa PETROAMAZONAS, en sesión de 23 de junio de 2010, resolvió aprobar la Norma PAM-EP-ECU-LGL-00-NR.001-00 denominada *“Criterios de Evaluación de los Procesos Contractuales”*, y revelan que en numeral 1.1 de la misma se prescribe que la Norma se sujeta al Art. 2 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y que guarda concordancia con el Art. 2 de la misma Ley de la materia.

En el siguiente párrafo del informe, textualmente se describe lo siguiente:

*“...Lo expuesto evidencia que la norma citada para respaldar la emisión de los procedimientos para contrataciones y criterios de evaluación de los procesos contractuales, **no tiene fundamento jurídico**...”.* (Lo resaltado es mío)

En la conclusión del comentario motivo de análisis, textualmente señala: *“El Jefe del Departamento Legal de PAM-EP, inobservó la disposición del artículo 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, por cuanto en la elaboración de los Procedimientos para Contrataciones...citó en sus antecedentes, como respaldo los artículos 2 la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que se refieren a aspectos distintos al que se pretendía normar, dejando sin respaldo jurídico los procedimientos de contratación de Petroamazonas EP.”.*

En otro acápite, se presenta la recomendación 1), mediante la cual se dispone al Gerente General de Petroamazonas EP, disponga al Jefe del Departamento Legal revisar la normativa emitida, considerando la referencia de la legislación aplicable.

Como corolario del análisis al primer caso, se deduce que existió una confusión en la aplicación del régimen especial por concepto de giro del negocio, y la norma prevista en en la Ley Orgánica de Empresas Públicas que corresponde a la aplicación de régimen especial por concepto de convenios asociativos. Esta situación derivó en una inadecuada formulación de la normativa interna de la Empresa, que no observa la legislación vigente sobre la materia; situación que evidencia el problema identificado que es motivo del presente estudio.

Al aplicar la norma relativa a Giro del Negocio (*Num. 8 del Art. 2) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*), se deben cumplir otros parámetros previstos en resoluciones emitidas por el SERCOP, a diferencia de lo que corresponde al Régimen Especial por concepto de convenios suscritos por la empresa pública (*Art. 34 numeral 3) de la Ley Orgánica de Empresas Públicas*), que son regulados por la normativa del propio convenio y la resolución adecuadamente formulada por la empresa pública. Ante lo cual, es evidente que existió mala aplicación de la Ley con la que se sustentó el proceso.

Cabe destacar que la inadecuada aplicación de la Ley, podría derivar en determinación de responsabilidad administrativa o civil para los funcionarios administradores del recurso público por parte de la Contraloría General del Estado, dependiendo de las consecuencias de su indebida sujeción.

Al respecto, es meritorio un punto de vista crítico a la función que está cumpliendo la Contraloría General del Estado, ya que desde mi opinión personal su

análisis debería centrarse no solo en el cumplimiento o no de la norma, sino en el desarrollo de recomendaciones de gestión que permitan mejorar la actividad empresarial pública.

Caso 2 – Régimen Especial por concepto de Giro del Negocio de Empresa Pública

La Dirección de Auditoría de Empresas de la Contraloría General del Estado, realizó un examen especial a los procesos precontractual, contractual y de ejecución de los contratos de adquisición de bienes y servicios a la actual Empresa Pública de Radio y Televisión de Ecuador EP, por el período comprendido entre el 1 de mayo de 2009 y el 31 de diciembre de 2011. Se emitió el informe DAE-014-2012, que fue aprobado el 17 de agosto de 2012.

El informe presenta una serie de observaciones como debilidades de control interno, que han sido detectadas en la ejecución del examen especial, las mismas que se producen en términos generales debido a que esta empresa aplica sus procedimientos de contratación, en base a su propia normativa interna expedida por el Gerente General.

Para el análisis jurídico y práctico que corresponde a este trabajo, se tomó uno de los hallazgos que constan en el informe, el cual revela que el proceso de contratación bajo régimen especial PUB-RTVEC-006, no establece cláusula de multas, lo cual constituye un riesgo para la administración de los recursos públicos, en el evento de que los contratos no se cumplan.

En las páginas 16 a la 22 del citado informe, revela el siguiente titular como observación del examen especial: ***“Procesos de contratación RTVE-GN-008 y RTVE-ABM-002-2011, por el giro específico del negocio”***

Del análisis al contenido de este comentario resumido en los hechos que se indican a continuación, se pudo evidenciar las falencias que corroboran el problema identificado para el desarrollo de la tesis, y que permitirán presentar las correspondientes conclusiones y recomendaciones para la mejora del sistema de contrataciones en las empresas públicas bajo el régimen especial.

En los antecedentes del comentario, en el informe manifiestan: *“...de conformidad con el capítulo VII de la normativa interna para la Contratación de las Actividades de Giro del Negocio de RTVECUADOR, emitida mediante Resolución*

GG-007-2010 de 22 de octubre de 2010, el Gerente General de la Empresa, resolvió el inicio de los procesos bajo régimen especial RTVE-GN-008 y RTV-ABM..”.

La descripción de los resultados de análisis al proceso precontractual en el informe, reflejan lo siguiente:

“1. No se presentó los documentos que evidencien que se solicitó al menos tres proformas, conforme exige el artículo 2 de la Normativa de Régimen Especial...,2.En los pliegos del proceso...se indican parámetros pero no el puntaje de cada uno; así por ejemplo: tiempo de entrega, plazo de alquiler, soporte técnico y mantenimiento...; sin embargo, en el informe del concurso..., se califican a los dos oferentes con 15 puntos; pese a que PEUCRO S.A. ofertó un equipo usado del año 2008 e INSTALCAST INC. Propuso un equipo del año 2011...”.

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

Mas adelante en el primer párrafo de la página 21 del citado informe, los auditores expresan lo siguiente:

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

Los hechos que se comentan en el segundo caso analizado, se deben a que la Empresa aplicó la Normativa Interna de Régimen Especial, sin considerar uno de los principios fundamentales en cualquier tipo de proceso que implique la utilización del recurso público, como lo detalla el Art. 6. numeral 18) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que prescribe: **“Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin**

que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.”

En este caso, si bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento no son vinculantes para aplicación en Régimen Especial, considero que si lo son sus principios rectores al tratarse de la administración del patrimonio estatal.

CASO 3 – Falta de cumplimiento a los principios de publicidad y mejor precio en contratación por régimen especial del giro de negocio.

La Dirección de Auditoría Interna de la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador, E.P. RTVECUADOR, realizó un examen especial a los procesos precontractual, contractual y de ejecución en la adquisición de bienes de larga duración, y prestación de servicios profesionales de televisión y radio, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012.

Como resultado del examen especial, se emitió el informe RTVE-DAI-0001-2013, que fue aprobado el 1 de agosto de 2014. El monto analizado en este examen ascendió a 6.942.709,46 USD que corresponde a 35 contratos por la adquisición de bienes importados del exterior y por servicios profesionales.

En el Capítulo II Resultados del Examen del indicado informe, en primer lugar se presentan las observaciones de control interno, que manifiestan sobre el incumplimiento de disposiciones legales, reglamentarias y normas de control interno expedidas por la Contraloría General del Estado, cuyas inobservancias originan el establecimiento de responsabilidades administrativas, por parte del Organismo Técnico de Control, sobre la base de lo que disponen los Arts. 212 numeral 2) y Art. 233 de la Constitución de la República, conforme con el análisis jurídico que fue presentado anteriormente.

Del análisis a los principales resultados que corresponde al examen de 35 contratos realizados por RTVECUADOR-EP; así mismo, varias de las observaciones que se presentan en el citado informe, tienen relación con el tema que es motivo de la presente tesis; así:

“Los Administradores de contratos, no cumplen con su función”, (Pág. 18 del informe).- No se ha observado lo que disponen los Arts. 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 121 de su Reglamento de aplicación,

en cuanto a las funciones y deberes de los administradores de los contratos que debieron estar claramente establecidas en la respectiva cláusula contractual.

Esta situación se debe a que la Empresa Pública Televisión y Radio de Ecuador, E.P. RTVECUADOR, para fines de la adquisición de bienes y servicios aplica la Normativa Interna de Régimen Especial, expedida con Resolución GG-007-2010, cuyo Art. 42, que se revela en la Pág. 18 del citado informe, manifiesta lo siguiente:

“En los contratos que se celebren en virtud de la siguiente normativa, se designará un administrador del contrato, mismo que será del área requirente y será el responsable de velar por la debida ejecución del contrato.”.

Desde el punto de vista de la investigación realizada, se deduce que la mencionada disposición normativa interna de esta Empresa Pública, si bien de una manera general prescribe la responsabilidad del administrador del contrato; sin embargo, no prevé sus funciones y deberes, lo cual da origen a que se incumplan las antes citadas disposiciones legales y reglamentarias que rigen la materia.

En la Pág. 21 del informe de Auditoría Interna, se revela el siguiente comentario: ***“En los procesos de contratación no se presentaron las tres proformas para determinar el presupuesto referencial en la contratación de bienes y servicios.”.***

Sobre esta observación, conviene señalar que la empresa pública no ha cumplido con uno de los principios fundamentales en la utilización del recurso estatal y que tiene relación con la selección del mejor precio de bienes y servicios, al respecto, es necesario mencionar que si bien se trata de un proceso de régimen especial, se debería cumplir con este tipo de procedimientos en atención a la administración del presupuesto público. Valga hacer una relación general de lo que dispone el Art. 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en materia de régimen ordinario sobre las contrataciones de menor cuantía (cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico), exclusivamente para los casos 1) y 3) previstos en esta disposición legal, obliga a disponer de al menos tres proformas; de tal forma, que al tratarse del recurso estatal es válido cumplir con este tipo de procedimientos previos que aseguran obtener el mejor precio en el mercado. De este modo, considero válida la observación de la Unidad de Auditoría Interna de esta Empresa Pública, más aún cuando el monto de los contratos analizados se encuentra

por encima de lo que se estipula para contrataciones de menor cuantía, a continuación se expresa lo mencionado en la Pág. 5 del informe de examen especial, que en su conclusión señala lo siguiente:

“Los servidores de la empresa contrataron con proveedores de obras, bienes o servicios, sin que previamente se solicite tres proformas lo que ocasionó que no exista un análisis adecuado de los precios de mercado, determinándose el precio referencial con una sola proforma...”.

Finalmente, en la Pág. 23 del informe de examen especial se revela que: ***“No se publicó en el Portal de Compras Públicas los Procesos de Contratación de Giro Específico del Negocio.***

Sobre esta situación definida por auditoría, la Jefe de Compras y Comercio Exterior de la Empresa Pública, ha informado por escrito que los procesos de contratación han sido realizados, basados en la Normativa Interna de Giro del Negocio, emitida mediante Resolución GG-007-2010; por tanto, no se lo ha canalizado a través del Sistema Nacional de Compras Públicas, situación que desde el punto de vista de la investigación jurídica para el desarrollo de la tesis, se corrobora con el problema identificado; puesto que, en este caso con la aplicación de la normativa interna para el régimen especial, no se estaría observando los principios básicos y elementales de la contratación que fueron analizados y desarrollados en el primer capítulo de esta tesis; así como, expresas disposiciones legales y reglamentarias, tales como el Art. 21 de la LOSNCP y los procedimientos establecidos en la Sección III de su Reglamento, referentes a la obligatoriedad de utilizar en los procesos de contratación, el Portal www.compraspublicas.gov.ec.

Pero superando aquello que rige en la generalidad de la contratación pública, la empresa pública dentro de su régimen especial tenía la obligación de cumplir con el principio de publicidad y cargar en el Portal COMPRASPUBLICAS todos los documentos relevantes del proceso, de acuerdo a la Resolución INCOP-053-2011, artículo 9, vigente para el periodo sujeto a examen, y se ha ratificado este requisito, de conformidad con el contenido de la Resolución N° 081-2013 emitida por el Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP (actualmente denominado SERCOP).

En consecuencia, sobre la base del estudio realizado al tercer caso tomado aleatoriamente para el estudio, se han detectado las causas y efectos, que permiten presentar las propuestas de mejoramiento al problema identificado; puesto que, se ha logrado deducir que con aplicación de una normativa interna incompleta y oscura,

se estaría contrariando principios y expresas disposiciones legales y reglamentarias que rigen a favor de la mejor utilización del presupuesto público y los intereses del Estado.

3.2 Elementos jurídicos y doctrinarios que deben ser considerados por la Empresa Pública previo a la aplicación del Régimen Especial de Contratación.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, ha determinado que las EP's deben observar los siguientes principios: contribuir en forma sostenida al desarrollo humano y buen vivir de la población ecuatoriana; promover el desarrollo sustentable, integral, descentralizado y desconcentrado del Estado, y de las actividades económicas asumidas por éste; 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; propiciar la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad, continuidad, seguridad, precios equitativos y responsabilidad en la prestación de los servicios públicos; precautelar que los costos socio-ambientales se integren a los costos de producción; y, preservar y controlar la propiedad estatal y la actividad empresarial pública.⁸⁴

En relación al principio tendiente a “*preservar y controlar la propiedad estatal y la actividad empresarial pública*” previsto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, podemos mencionar que éste se encuentra estrechamente relacionado con lo previsto en el Art. 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto al cumplimiento de los principios de *trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, y publicidad*, los mismos que fueron analizados en el primer capítulo. Considero aquello, ya que la utilización del recurso público, más allá de un fin empresarial de carácter competitivo, pretende la satisfacción de las necesidades de interés social. Y por ello, que pese a existir un Régimen Especial derivado del *giro de negocio* o de la *capacidad asociativa de la empresa pública* se necesita cumplir con los principios rectores generales que coadyuven a la buena utilización de estos recursos por parte de los administradores de la empresa pública, ello sin perjuicio de haber generado la

⁸⁴ Art. 3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

apertura necesaria para que estas empresas puedan cumplir sus cometidos empresariales en los diferentes sectores en los que actúan.

De tal forma, que las resoluciones emitidas por los Administradores o Gerentes de las Empresas Públicas, deben estar debidamente motivadas conforme así lo requiere el Art. 76 numeral 7 literal l de la Constitución de la República del Ecuador, y propender al cumplimiento de estos principios generales dentro de los procesos de contratación en materia de Régimen Especial, con la debida transparencia que implica esta actividad.

Con referencia a lo previsto en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización - COTAD, en sus artículos: 34, literal b); 47 literal h); 57 literal j), normativa en la cual se establece la atribución de los consejos regionales y provinciales y del concejo municipal de aprobar la creación de empresas públicas o la participación en empresas de economía mixta, para la gestión de servicios de su competencia u obras públicas, según las disposiciones de la Constitución y la ley,⁸⁵ considero de igual manera pertinente resaltar la importancia que tiene para estos niveles descentralizados de gobierno el conocer la normativa vigente y aplicarla adecuadamente, así como cumplir con los principios rectores de la contratación pública y que regulan la utilización del recurso estatal, a más de publicitar y transparentar su gestión y niveles de productividad.

3.3 Comentarios sobre una posible reforma a la Ley Orgánica de Empresas Públicas

Sobre la base de los resultados obtenidos en el análisis a las causas y efectos del problema identificado; así como, del estudio efectuado a los casos prácticos que se presentan en el desarrollo del punto 3.1; y, con la finalidad de coadyuvar para que se cumplan con los derechos y garantías establecidos en el Art. 288 de la Constitución de la República, que dispone este mandato sobre los criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social; es pertinente

⁸⁵ En el Distrito Metropolitano de Quito se han expedido algunas ordenanzas municipales, creando las siguientes empresas públicas metropolitanas: la Empresa Pública Metropolitana de Rastro Quito, EMRAQ-EP; la Empresa Pública Metropolitana de Logística y Comercialización EMELCOM - EP; La Empresa Metropolitana de Aseo – EMASEO; la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable EMAAP-Quito; La Empresa Pública Metropolitana de Hábitat y Vivienda; Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Transporte Público EMMOP-Quito ; Empresa Metropolitana Quito Turismo; la Empresa Pública Metropolitana de Transporte de Pasajeros de Quito.

considerar que el análisis desplegado en esta tesis, permite proponer las correspondientes medidas de mejoramiento que incluyen las reformas pertinentes a la vigente Ley Orgánica de Empresas Públicas, y de Contratación Pública, que viabilicen la aplicación adecuada del régimen especial de contrataciones, que en la actualidad presenta serias debilidades; para el efecto, serán los dignatarios, autoridades y funcionarios de las respectivas funciones del Estado a quienes les compete la modificación correspondiente, por medio del análisis del proyecto, expedición y aprobación de las pertinentes normas sustantivas y adjetivas, que les permita cumplir con los criterios establecidos en el mandato constitucional.

Al respecto, conviene replicar las disposiciones que fueron identificadas como parte del problema central, las cuales podrían ser objeto de reformas legales; así:

Art. 34 numeral 3) de la Ley Orgánica de Empresa Públicas, que permite emplear el régimen especial en las empresas públicas, mediante la expedición de convenios o contratos o alianzas estratégicas, en los cuales se determinan procedimientos de contratación que muchas veces contravienen manifiestamente los *principios fundamentales de la contratación* previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debe ser reformada para que estos principios sean obligatoriamente observados en cualquier proceso de contratación que realice una empresa pública, ya que indiferentemente de las normas que regulan el convenio asociativo, estos principios deben ser aplicados para salvaguardar los intereses del Estado.

Si bien es cierto, empresas como las que trabajan en sectores estratégicos requieren un margen de acción mayor para conseguir servicios, productos e insumos desde el exterior o con socios estratégicos, lo mínimo que debe existir es una responsabilidad de las máximas autoridades de la empresa pública para fundamentar sus actuaciones, sobre todo si por ejemplo se llegara a implementar un contrato que tenga jurisdicción y competencia en el ámbito internacional y no en la esfera local de la administración de justicia, en este punto, el apoyo y guía de entidades como la Procuraduría General del Estado resulta valiosos si se generan precedentes que puedan alimentar la información y directrices que son necesarias para la actuación de las empresas públicas en el Ecuador.

Como se pudo apreciar en los casos prácticos, la expedición de normativas internas y la formulación contratos suscritos por los representantes de empresas

públicas, han sido observados a través de auditorías o exámenes especiales ejecutados por el Organismo Técnico de Control, de los cuales dependiendo de su gravedad, se desprenden responsabilidades administrativas, civiles y hasta indicios de responsabilidad penal, conforme se analizó anteriormente.

Desde mi punto de vista, el inciso final numeral 8) del Art. 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contraría los propios fundamentos y principios generales establecidos en el mismo cuerpo legal; puesto que, permite a otro funcionario como el Director Ejecutivo del Organismo responsable del Sistema de Contratación Pública, determinar y aprobar el giro específico del negocio de una empresa pública, a su libre juicio y sin parámetros técnicos preestablecidos para cada sector o actividad económica, situación que si bien está prescrita en la disposición legal; no obstante, esta práctica deja al libre albedrío el riesgo del cometimiento de potenciales actos de corrupción, por no contar en la ley con una especificación clara de lo que se considera “giro del negocio” y la reglamentación sobre la forma de identificación y aprobación del mismo, tema que podría ser subsanado si la aprobación de este giro del negocio lo dictara una mesa técnica interinstitucional que sea genera por sector, de conformidad con la planificación proyectada por SENPLADES. Debilidades que se inician con la deficiencia en el proceso de control interno de la empresa pública.

Adicionalmente, la Ley de Empresas Públicas no contempla la figura de un órgano rector y regulador de empresas públicas, la ley no ha definido órgano alguno que se encargue de vigilar la marcha de la empresa, de revisar la gestión periódica de los administradores, de conocer y analizar la situación contable y financiera, y su gestión en inversiones, tema que como lo mencioné en capítulos anteriores, considero debe ser una actividad de SENPLADES como órgano a cargo de la planificación estatal, sobre todo si consideramos que existen empresas públicas que se encuentran incursionando en sectores que afectan la plena competencia del sector privado en el mercado, y no están generando mayor beneficio o rentabilidad estatal si hablamos de su operación.

Esto representa un vacío jurídico, por cuanto se necesita un organismo, que a nombre de la autoridad constituyente, conozca el rumbo empresarial y los manejos administrativos que se generan en las EP's, lo cual incluso permitiría registrar estadísticas y niveles de competitividad por sector, hecho que debería darse sin afectar la autonomía que las ampara.

Con las observaciones expuestas, se pretende generar un aporte de ideas fundamentadas, a fin de que las autoridades de los organismos competentes realicen las reformas pertinentes a las leyes que rigen esta materia; puesto que, del estudio realizado se establece claramente una falta de actualización y armonización de los distintos cuerpos legales que rigen a las empresas públicas en la materia motivo de estudio.

3.4 Necesidad de aplicación de un Reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y sugerencias normativas.

Sobre la base del estudio realizado, se estima pertinente que las autoridades o funcionarios de la Función Ejecutiva del Estado, de acuerdo con el mandato constitucional, prepararen y recojan estos planteamientos, a fin de lograr la emisión de un Reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas que de manera clara dicte parámetros adecuados tanto para la identificación y aprobación de giro del negocio en las empresas públicas, como para el establecimiento de principios rectores que regulen la aplicación de convenios asociativos o alianzas estratégicas en beneficio del Estado.

De igual forma, y como una política pública, se deben mejorar los sistemas de control interno de las empresas públicas, lo cual incluye el mantener normas claras y específicas, para de esta manera contrarrestar la discrecionalidad de los funcionarios que tienen que aplicar los procesos de contratación a través de normativas internas, contratos o convenios que no guardan concordancia con los principios rectores que protegen la administración del recurso público, cuyos efectos podrían ocasionar potenciales perjuicios económicos a los recursos del Estado.

Por tanto, conviene mitigar los potenciales riesgos inherentes en los procesos de contratación bajo el régimen especial en las empresas públicas; ya que existe la necesidad de la expedición del Reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que permita estandarizar y unificar los procedimientos generales y los específicos relacionados con la contratación pública; además, se debe preparar y expedir las reformas necesarias y pertinentes a las demás normativas internas de las EP's que se encuentran dispersas y oscuras en materia de contrataciones bajo el régimen especial.

En el siguiente capítulo se presentan las correspondientes recomendaciones que constituyen el aporte de mejoramiento del problema identificado.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

En este trabajo investigativo relacionado con la problemática jurídica contemporánea de la capacidad asociativa de la empresa pública en el Ecuador; sobre la base del estudio y análisis de la doctrina jurídica; así como, del análisis a los casos prácticos tomados al azar que se encuentran publicados en las respectivas páginas web de los organismos de control competentes, se pudo dilucidar la pregunta central que sirvió de guía para identificar este trabajo y determinar cuáles han sido los problemas jurídicos en torno a la capacidad asociativa de la empresa pública frente a los procesos de contratación bajo el régimen especial establecido en la normativa vigente a la fecha de presentación y aprobación de la presente tesis.

Consecuentemente, con los resultados obtenidos, se consiguió determinar de manera concreta las siguientes conclusiones:

- Que, la Ley de Empresas Públicas no contempla la figura de un órgano rector y regulador de empresas públicas, ya que no se ha definido órgano alguno que se encargue de vigilar la marcha de la empresa pública, de revisar la gestión periódica de los administradores, de conocer y analizar la situación contable y financiera, su gestión en inversiones por sector, si cumplen o rompen la posibilidad que tienen otros actores de competir en el mercado dentro del principio de plena competencia, y si realmente son empresas necesarias y productivas para el país.
- Que, debido a la falta de actualización y armonización de los distintos cuerpos legales que en materia de contratación bajo el régimen especial regulan a las empresas públicas, los mecanismos y procedimientos adoptados por funcionarios encargados de la administración y control de las empresas públicas, son hasta cierto punto, discrecionales en la utilización del recurso público, y en su mayoría no observan los principios generales de la contratación pública.

- Que, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, carece de las correspondientes normas adjetivas, que se contemplen en el respectivo reglamento, que permita su aplicación uniforme y adecuada.
- Que, no existe regulación para la aplicación de sistemas de control interno que deberían ser implementados en todas las empresas públicas, para reducir el riesgo de una mala utilización del recurso público, dada la discrecionalidad que los administradores tienen de aplicar Régimen Especial basados en normativas internas, que muchas veces no guardan relación con los principios generales de la contratación pública, y la ley, y cuyos efectos constituyen alto riesgo para los recursos del Estado.
- Que, la determinación de causas y efectos en los problemas identificados, han permitido contribuir con sugerencias de mejoramiento para el sistema de contratación bajo el régimen especial en las empresas públicas, que concuerden con el ordenamiento jurídico previsto en la Constitución de la República del Ecuador.

4.2 Recomendaciones

En cumplimiento de los objetivos específicos propuestos, se logró la identificación de las causas y efectos del problema, cuyos resultados han permitido presentar la propuesta de mejoramiento del tema inherente a la capacidad asociativa de la empresa pública frente a los procesos de contratación bajo el régimen especial, situación que permitirá a los funcionarios responsables de su administración, disponer de herramientas legales y reglamentarias, en conformidad con los criterios constitucionales de eficiencia, transparencia y calidad.

- Se recomienda crear una institución encargada de la supervisión y seguimiento de los niveles de productividad y cumplimiento de objetivos organizacionales en las empresas públicas. En el caso ecuatoriano, SENPLADES es la entidad encargada a nombre del Estado de generar el análisis comparativo por sector y la información necesaria para la planificación nacional y toma de decisiones en política pública, y bajo esta premisa, debería ser el ente encargado de verificar los indicadores de gestión y productividad de las empresas públicas que intervienen en sectores estratégicos y generales, y sugerir la supresión de aquellas que no cumplan con parámetros de productividad adecuados.

- Me permito sugerir que la Asamblea Nacional, como parte de sus atribuciones, deberes y procedimientos prescritos en la Constitución de la República, proceda a revisar y analizar la propuesta de mejoramiento, a fin de que se incorporen disposiciones sustantivas claras y pertinentes, acorde con el ordenamiento jurídico establecido en la Constitución, así se aconseja la revisión y reforma del numeral 3) del Art. 34 de la Ley Orgánica de Empresa Públicas, que en el párrafo pertinente textualmente señala “...las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto...”.

Al respecto, sería importante que se amplíe el contenido de la norma y se especifique como se procederá en el caso en que mediante convenios o acuerdos, el Ecuador ceda jurisdicción y competencia de las autoridades judiciales locales y se someta al derecho internacional y mecanismos como el arbitraje y mediación.

- Se recomienda revisar y del ser el caso preparar la correspondiente reforma al inciso final del numeral 8) del Art. 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que expresamente prescribe: “...*La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública.*”.

Desde mi punto de vista no conviene que mediante una disposición legal, expresamente se depositen atribuciones tan importantes a dicho funcionario, en razón de la importancia del régimen especial de contratación que deben aplicar las empresas públicas; por tanto, como iniciativa estimo que se debe reformar esta disposición legal, con una disposición que de manera expresa determine las condiciones que deben cumplir las empresas para acogerse al respectivo giro específico y/o común; para no dejar a discreción de un funcionario su determinación, tema que podría ser subsanado si la aprobación de este giro del negocio lo dictara una mesa técnica interinstitucional que sea genera por sector, de conformidad con la planificación proyectada por SENPLADES. Ello, salvando el caso de empresas que operen en sectores estratégicos, por la agilidad que requiere su gestión, sobretodo en áreas como los hidrocarburos o las telecomunicaciones.

- Una vez solucionados los problemas jurídicos, con la expedición de las reformas legales pertinentes, conviene recomendar a la Función Ejecutiva, que dentro de un plazo perentorio, expida el Reglamento necesario para la aplicación de las leyes sobre la materia analizada, que permita la buena marcha de la administración y la salvaguarda de los recursos del Estado.
- Como recomendación general, se sugiere a las autoridades, funcionarios, servidoras y servidores públicos, responsables de la contratación de obras, bienes y servicios bajo el régimen especial; que, como parte de los mecanismos de control interno implantados en las empresas públicas, se considere lo que dispone la Norma de Control Interno 100-01 que en el tercer apartado prevé: “...*cumplir con el ordenamiento jurídico, técnico y administrativo, promover eficiencia y eficacia de las operaciones de la entidad y garantizar su confiabilidad...*”.⁽⁸⁶⁾ Es decir que, en las normativas internas, convenios y contratos que se suscriban bajo el régimen especial, se apliquen los principios rectores que regulan el Sistema Nacional de Contratación Pública como los de: *trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, y publicidad*, y aquellos analizados en el primer capítulo de esta investigación

⁽⁸⁶⁾ NCI 100-01, Acdo. 039-CGE-2009, Contraloría General del Estado

BIBLIOGRAFÍA

- AKITOBY, Bernardin; HEMMING, Richard; y, SCHWARTZ, Gerd; en su obra *“Inversión Pública y Asociaciones Público-Privadas”*, Fondo Monetario Internacional – Temas de Economía, Washington, D.C., 1996.
- ALONSO UREBA, Alberto, *“La Empresa Pública, aspectos Jurídico-Constitucionales y de Derecho Económico”*, Madrid, Editorial Montecorvo S.A., 1985.
- ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “Principios de Derecho Económico Público – Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica”, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2003.
- ARRUBLA, Paucar, Jaime Alberto, “Contratos Mercantiles”, Tomo II -Contratos Atípicos- 2ª edición, 1.992.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *“Régimen Jurídico de la intervención administrativa en la economía”*, Tecnos, Madrid, 1966.
- BIELSA, Rafael, “Derecho administrativo”, tomo II, Buenos Aires, 1964, 6ª ed.
- BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil Argentino” Parte General, 2ª edición, Ed. Perrot, Buenos Aires, pg. 26, citado por en CASSAGNE, Juan Carlos, *“Derecho Administrativo”*, Tomo I, Editorial Palestra, Quito.
- BORJA Cevallos, Rodrigo, “Derecho político y constitucional”, México, Fondo de Cultura Económica, 2da. Edición, 1991, Pág. 78, en JARAMILLO Villa, Fabián, “Análisis Crítico del Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador, Tesis – Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.

- BREWER CARIAS, Allan R., *“Las empresas públicas en el Derecho Comparado”*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1967, en CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo” Tomo I.
- BULLINGER, Martín, *Derecho y Derecho Privado*, trad. Del alemán, Madrid, 1976.
- CARBAJALES, Juan José, “Las Sociedades Anónimas bajo injerencia estatal (SABIE)”, Buenos Aires, 2014.
- CARRON, *“La notion d’établissement public industriel et commercial”*, C.J.E.G, 1976.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *“Derecho Administrativo”*, Tomo I, Editorial Palestra, Quito.
- COMANDIRA, Julio, *“Derecho Administrativo”*, Lexis Nexis, segunda reimpresión, Buenos Aires.
- Constitución de la República del Ecuador.
- DROMI, Roberto. *“Derecho Administrativo”*, editorial CIUDAD ARGENTINA, 2009. 12ª edición.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.
- FERNANDEZ, Suescum Diego Orlando, *Manual de Derecho Público*, Ediciones Azpiazu, Quito- Ecuador, 2000.
- GIRÓN TENA, *“Apuntes de Derecho Mercantil. La Empresa”*, I, Madrid, 1977-1978.
- GORDILLO, Agustín A., *“Introducción al Derecho Administrativo”*, 2a ed., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1966.

GORDILLO, Agustín A., “Empresas del Estado”, Macchi, Buenos Aires, 1966.

JIMENEZ Sánchez Guillermo, “Derecho Mercantil”, Editorial Ariel, 2003.

Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

LERNER BUITRON Michelle Stiven. “*La administración pública*”. Editorial ABC. México Df. 2008.

LOJENDIO E IRURE, Ignacio María, “Derecho Constitucional Económico”, Madrid, 2003.

MARIENHOFF, Miguel S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Cuarta Edición Actualizada, Tomo III-A Contratos Administrativos - De los Contratos en Particular, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires – Argentina.

MUÑOZ Machado, Santiago, “Voz empresa pública – empresa privada (igualdad de condiciones financieras)”. En OLIVA Blázquez, Francisco, “*A vueltas con el Concepto de Empresa: La Empresa Comunitaria y la Empresa Pública*”,

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), “*Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*”

OLIVA Blázquez, Francisco, “*A vueltas con el Concepto de Empresa: La Empresa Comunitaria y la Empresa Pública*”, artículo de la obra *Estado – Derecho y Economía* - Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2013, pg. 145 – 146.

PAREJO, Luciano. “Estado Social y Administración Pública – Los postulados constitucionales de la reforma administrativa”, Civitas, Madrid, 1983.

PÉREZ, Antonio J., PÉREZ, Efraín, *“Manual de Contratos del Estado”*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador.

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Absolución de Consultas - OF. PGE. N° 0433, de fecha 14 de febrero de 2011, *“Empresas Públicas – Alianza Estratégica”*, Entidad Consultante: Empresa Hidroeléctrica de Zamora Chinchipe.

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Absolución de Consultas, Oficio N° 04235 de fecha 13 de octubre de 2011, contestación a empresa HIDROLITORAL E.P.

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Absolución de Consultas, publicada en la Revista Jurídica No. 5, Año 1, diciembre-enero de 1998.

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Absolución de Consultas, **OF. PGE. No.:** 01520, de 26-04-2011, absuelta el 26 de abril de 2011, y publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 471 de fecha 16 de junio de 2011.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

RUFIAN Lizana, Dolores M. *“Manual de Concesiones de Obras Públicas”*, Fondo de Cultura Económica, Coordinación General de Concesiones de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas, Primera Edición, Santiago-Chile, 1999, pg 11. Citado por MAINO, Viviana, *“Mecanismos de Asociación Pública – Privada”*, Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2010.

Resolución No. 046-2010, emitida por parte Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP (actualmente denominado SERCOP), Capítulo Cuarto: *“Procedimiento administrativo del registro único de proveedores RUP; registro de contratistas Incumplidos y adjudicatarios fallidos; registro de entidades Contratantes”*.

Resolución N° 051-2011 emitida por parte Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP (actualmente denominado SERCOP)

Resolución N° 081-2013 emitida por el Instituto Nacional de Contratación Pública - INCOP (actualmente denominado SERCOP).

THE ECONOMIST, número especial de enero 2012, Resurgimiento del “capitalismo de Estado”.

Tristana Santos, “*¿Sabe usted que son las EP?*”, Revista Vistazo, Edición N° 1144, 24 de abril de 2015.

ZANOBINI, Guido, “*Curso de Derecho Administrativo*”, pg. 35, citado por VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, “*Derecho Administrativo*”, Buenos Aires.

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

Artículo Diario El Telégrafo: <http://www.telegrafo.com.ec/economia/item/ecuador-recibira-una-inversion-de-mas-de-2-000-millones-para-produccion-petrolera.html>.

Embajada de Ecuador en China, Datos 2014, <http://www.ecuadorenchina.org.ec/ecuador-china>

Sociedad Mexicana de Administración Agropecuaria, Revista Mexicana de Agronegocios, “*Alianzas para el Desarrollo de Innovaciones Tecnológicas*”, volumen IX, número 16, enero – junio 2005. En: <http://www.redalyc.org/pdf/141/14101604.pdf>

Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Marco Normativo APP. En: <https://www.dnp.gov.co/programas/participaci%C3%B3n>

privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/marco-normativo-app.aspx

Proinversión – República del Perú, Marco Normativo de las APP's. En: <http://www.proinversion.gob.pe/modulos/jer/PlantillaPopUp.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=6019>.

Banco Interamericano de Desarrollo – BID, *“Evaluando el entorno para las asociaciones público – privadas, en América Latina y el Caribe: Infrascopio 2014”*. En: <http://www.iadb.org/es/temas/alianzas/alianzas-publico-privadas,1714.html>.

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo - SENPLADES, *“Empresas Públicas y Planificación, su rol en la transformación social y colectiva”*, publicación año 2013. En: <http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-P%C3%BAblicas-web.pdf>.

Ministerio Coordinador de Sectores Estratégicos, boletín de prensa, *“Estado ecuatoriano firma contratos de exploración y explotación para bloques 28 y 47 por una inversión inicial de USD 100 millones”*, En: <http://www.sectoresestrategicos.gob.ec/estado-ecuatoriano-firma-contratos-de-exploracion-y-explotacion-para-bloques-28-y-47-p-por-una-inversion-inicial-de-usd-100-millones/>

Principios de la OCDE sobre Gobierno Corporativo. En: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/48632643.pdf>