

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo

Naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las empresas públicas ecuatorianas en el marco del giro específico del negocio

César Augusto Pazmiño Gaibor

Tutora: Eddy De La Guerra Zúñiga

Quito, 2018



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, César Augusto Pazmiño autor de la tesis “**NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LAS EMPRESAS PÚBLICAS ECUATORIANAS EN EL MARCO DEL GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO**”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, y que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Quito, 28 de mayo de 2018

César Augusto Pazmiño Gaibor

RESUMEN

Las empresas públicas son instituciones creadas por el Estado, para la administración de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos y el aprovechamiento de los recursos naturales, así como para llevar a cabo cualquier actividad de orden económico que le corresponda al Estado,¹ para el ejercicio de sus funciones, estas entidades gozan de ciertas prerrogativas, entre ellas, la contratación de obras, bienes o servicios mediante el procedimiento denominado giro específico del negocio, procedimiento inherente a las contrataciones que tienen relación directa con el objeto de creación de cada empresa pública procedimiento de contratación caracterizado por ser régimen especial flexible que proporciona estándares empresariales al ejercicio de su actividad.

En el Ecuador esta figura jurídica denominada empresa pública fue incluida en la Constitución de la República expedida en el año 2008² basada en criterios jurídicos doctrinarios tanto extranjeros como ecuatorianos, está regulada por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, así como demás normativas que comprenden el Derecho positivo vigente.

De conformidad a lo señalado en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, exclusivamente las actuaciones de estas entidades vinculadas a la construcción de obra pública son de naturaleza administrativa,³ de este modo, esta tesis investiga desde un punto de vista doctrinario, jurídico y legal aquellas circunstancias bajo las cuales se celebran los contratos al amparo del giro específico del negocio, y la naturaleza jurídica que a estos inviste, por ser efectuados en el marco de la capacidad empresarial.

¹ Ecuador. Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009. Art. 4

² Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³ Ley Orgánica de Empresas Públicas, Disposición General Primera.

DEDICATORIA

A mi padre por ser un pilar fundamental en mi vida y formación profesional,
a mi madre por enseñarme a convertirme en una persona inquebrantable.

A Eliana, fiel amiga, consejera y compañera de vida, madre y
esposa inmejorable, quien junto a mis ángeles, Ana Paula e Isabella son
fuente de inspiración y motivación para alcanzar nuestros objetivos de
vida y profesionales.

AGRADECIMIENTOS

A mis compañeros por sus experiencias compartidas en largas jornadas de estudio.

A todos los maestros, de forma especial a doctora Eddy De La Guerra Zúñiga, por su apoyo constante, por sus valiosos consejos, enseñanzas y tiempo dedicado.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, institución que abrió sus puertas y permitió ampliar mi formación profesional con los más altos estándares académicos, de una manera responsable y ética.

Tabla de contenido

Introducción	7
Capítulo primero	9
Empresas públicas, naturaleza y su rol en el Estado	9
1.1. La empresa pública	10
1.1.1. Definición de empresa pública	10
1.1.2. Características de la empresa pública	26
1.2. Rol de la empresa pública en el Estado.....	30
1.2.1. La empresa pública como prestadora de servicios públicos.....	31
1.2.2. La empresa pública en el aprovechamiento sustentable de recursos naturales	32
1.2.3. La empresa pública, en la explotación de actividades comerciales.....	34
Capítulo segundo.....	39
Naturaleza jurídica de los contratos celebrados en las empresas públicas ecuatorianas, conforme a la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública y giro específico del negocio	39
2.1 Contrato administrativo celebrado en las empresas públicas.....	43
2.2 Actividad empresarial y contratos celebrados en el marco del giro específico del negocio	50
2.2.1 El Giro específico del negocio de las empresas públicas.	51
2.2.2 Calificación del giro específico del negocio, según el objeto de creación.....	55
2.2.2.1 Calificación del giro específico del negocio en la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas (CASO DE ESTUDIO).....	59
2.2.3 Naturaleza jurídica de los contratos celebrados en el marco del giro del negocio	62
2.2.3.1 Contrato celebrado al amparo del giro específico del negocio de la empresa pública PETROAMAZONAS EP (CASO DE ESTUDIO)	71
2.3 Consecuencias procesales de la definición de la naturaleza de los contratos celebrados por las empresas públicas en el marco del giro específico del negocio.....	74
Capítulo tercero.....	83
Conclusiones	83
3.1 Conclusión general.....	83
3.2 Conclusiones específicas.....	84
Bibliografía	88

Introducción

Con la expedición de la Constitución de la República del Ecuador, después de haber sido aprobada por referéndum popular, ésta se publicó el 20 de octubre de 2008 en el Registro Oficial No. 449, misma que implemento en nuestro país un nuevo modelo de Estado, denominado “constitucional de derechos y justicia”, estableciendo además que se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

Con el nuevo modelo de Estado que se ha impulsado por las autoridades de turno, es evidente que la intervención del Estado ha crecido, pues su participación ya no se ha limitado a la emisión de políticas públicas por parte de las entidades que integran la Administración Pública Central o únicamente la regulación y control, bajo esta premisa, el Estado ecuatoriano ha creado la institucionalidad que le permita incursionar en un sistema productivo y por tal competitivo con la industria privada, a través de la creación en el sistema jurídico y administrativo la empresa pública cuyo accionar de manera taxativa se circunscribe a **(i)** la gestión de los sectores estratégicos⁴, **(ii)** prestación de servicios públicos, **(iii)** el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y **(iv)** el desarrollo de otras actividades económicas que le corresponden al Estado.

La empresa pública en la legislación de los Estados ha tomado un papel de gran importancia en el desarrollo de los mismos, puesto que las actividades destinadas a la gestión de éstas difieren de aquellas que tradicionalmente han sido de competencia de las secretarías y carteras de Estado en general y complementan la gestión estatal, permitiendo al Estado incursionar en actividades, como la comercialización de hidrocarburos y sus derivados, la minería, la producción de fármacos, las telecomunicaciones, transportes aéreos, entre otras; intervencionismo estatal que, para poder llegar a los mercados locales e internacionales demanda de eficacia y eficiencia en el desarrollo de la gestión empresarial.

⁴ El artículo 313 de la Constitución de la República, manda que los sectores estratégicos para el Estado ecuatoriano son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental y cuya explotación deberá destinarse al desarrollo de los derechos y al interés social, determinando de forma particular dentro de este calificativo a la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico y el agua.

En este contexto, se genera la necesidad de llevar a cabo un proceso de estudio tendiente a conocer con mayor profundidad el régimen jurídico en el cual, las empresas públicas llevan a cabo sus cometidos, particularmente en lo referente a contratación por giro específico del negocio, y por ende la naturaleza jurídica de sus contratos que en ese marco se celebran, ya que de esta última circunstancia existen cuestiones que se traducen a estipulaciones contractuales, y que la Ley Orgánica de Empresas Públicas mantiene cierta ambigüedad al momento de determinar la naturaleza jurídica de éstos.

De lo mencionado, surge la necesidad de conocer cuáles son las circunstancias que se pueden presentar en la fase contractual, pues si bien por un lado todos los contratos nacen de un mismo principio fundador⁵, al momento de determinar su naturaleza jurídica se presentan cuestiones particulares que inevitablemente deben ser dilucidadas garantizando tanto al contratista como a la entidad Estatal seguridad jurídica en las actuaciones que no vayan en desmedro de los intereses de las partes intervinientes en la celebración de contratos al amparo del giro específico del negocio.

El tema motivo de investigación, constituye una cuestión que está en plena vigencia y que inclusive no cuenta aún con la normativa secundaria desarrollada enteramente, por lo cual, el presente trabajo, aportará los criterios necesarios para que constituya un referente investigativo en la elaboración de proyectos que busquen formular conceptos doctrinarios que finalmente aporten los elementos teóricos en cuanto a la actividad de las empresas públicas conforme a la legislación ecuatoriana y principalmente en la ejecución de sus contratos respecto del giro específico del negocio.

⁵ Cuenca, C. C., López, L. F. G., & Vargas, J. R. M. *La Contratación Estatal: Teoría General* (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010) 64

Capítulo primero

Empresas públicas, naturaleza y su rol en el Estado

La figura de la empresa pública en los términos que en la actualidad están operando en nuestro país fue incorporada al acervo jurídico en el año 2009 con la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; sin embargo, se evidencian estudios anteriores de autores ecuatorianos, así como de extranjeros principalmente.

Estas entidades han existido en varios países como Argentina, Chile, entre otros, donde han tomado un papel de gran importancia en el desarrollo de los Estados, ya que las actividades destinadas a la gestión de éstas difieren de aquellas que tradicionalmente han sido de competencia de las secretarías y carteras de Estado en general, así como de los gobiernos autónomos descentralizados, y complementan la gestión estatal, permitiendo al Estado incursionar en actividades que usualmente han sido explotadas por la iniciativa privada, a través de diferentes modalidades jurídicas.

En mérito de lo mencionado, se genera la necesidad académica de construir el presente trabajo de investigación para llevar a cabo un análisis del rol que las empresas públicas cumplen dentro del aparataje público, de aquellas prerrogativas de las que gozan en el ejercicio de sus actividades, cuyos criterios coadyuvarán a la determinación de la forma particular de actividad que desarrollan.

Desde el punto de vista doctrinario y legal se determinará la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por éstas corporaciones en el marco de su objeto de creación, así como el régimen jurídico al que éstas someten sus actuaciones. Para lo que se inicia trayendo a colación aquellos aspectos como la definición de estas formas jurídicas desde el punto de vista conceptual, determinando el rol que cumplen en el Estado, dentro de cada espectro de actividad en función de los criterios y necesidades que motivan su creación.

En virtud de lo mencionado, en el presente capítulo se aportará a los lectores una definición de lo que constituye la empresa pública, tomando de forma primigenia conceptos doctrinarios generales, mismos que se complementarán con una explicación de las normativas que regulan el funcionamiento de estas entidades en nuestro país principalmente y se tomará apoyo de normativa comparada.

1.1. La empresa pública

Desde la generalidad, se puede mencionar que empresa es toda unidad económica y jurídicamente organizada, que en aplicación de técnicas y procedimientos oferta bienes o servicios de consumo tendientes a satisfacer necesidades colectivas, con apoyo de tecnología y procesos que son aplicados por mano de obra calificada, donde priman principios como la eficacia y la eficiencia, teniendo como objeto final la acumulación de capital y riqueza, sin dejar de lado el aporte social, por las condiciones que ofertan para mejorar la calidad de vida tanto directas como indirectas.

Dentro de esta definición general, existen tres tipos de empresas claramente distinguidas entre sí, particularmente por el capital de constitución, así se trae a colación las **(i)** empresas privadas, constituidas exclusivamente por capital particular cuyo régimen jurídico radica en el derecho mercantil, **(ii)** empresas de economía mixta, cuyo capital pertenece en porcentajes indistintos al privado y al público, estas gozan de un régimen jurídico mixto, en el cual, incursiona el Derecho Público para efectos de control, y **(iii)** las empresas públicas, cuyo capital es exclusivo del Estado, su finalidad no necesariamente es mercantil o productivo, sino también pueden incursionar en la prestación de servicios públicos y gozan de un régimen jurídico mixto que de manera alternativa se aplican entre el Derecho Público y el Privado, según la actividad que desarrolla y el alcance de sus actos.

1.1.1. Definición de empresa pública

Para llegar a una definición específica de empresa pública, es imperante efectuar un análisis de los diferentes criterios emanados sobre estas corporaciones, por parte de varios autores, así, se consolidará una definición doctrinaria y jurídica, con sustento en las diferentes definiciones desarrolladas en las normativas de los Estados sobre este tipo de corporaciones.

Como una noción doctrinaria e introductoria partimos del concepto de Roberto Dromi quien prevé que “la creciente intervención del Estado en la actividad económica provocó consecuentemente el desarrollo de la empresa pública [...] denominando así a toda empresa estatal en sentido económico”, que se encuentra en el sector público y cuyo objetivo es el ejercicio de actividades de carácter comercial, productivo, la prestación de servicios públicos, gozando de ciertas discrecionalidades a fin de ejecutar procedimientos

ágiles tendientes a la satisfacción de necesidades en unos casos; y en otros, involucrarse en actividades comerciales o productivas generando competencia en los mercados⁶.

Los autores Marienhoff y Basavilbaso, señalan:

Empresas del Estado. - Se trata de una especie peculiar de entidad estatal llamada por algunos también “empresa pública” que desarrolla una actividad comercial o industrial con un régimen jurídico entremezclado que combina el Derecho Público con el Derecho Privado. 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 [...]⁷

De su parte Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en su trabajo de investigación denominado “los entes con forma pública de personificación que actúan en el tráfico en el régimen privado”, mencionan:

Aunque lo normal en nuestro Derecho es que cuando una empresa en mano pública pretende acogerse a un régimen de actuación de Derecho privado lo haga por el intermedio de una personificación mercantil, esta intermediación no es jurídicamente necesaria, esto es, puede producirse ese régimen de actuación privada aun cuando se mantenga una forma pública de personificación. Esto último es, incluso, lo normal en las empresas públicas de otros Derechos [...]⁸

En palabras de Enrique Sayagues Laso, quien denomina a estas entidades como “personas públicas con fin especial”, señala que estas entidades nacen ante la necesidad de descentralización administrativa propia de los Estados modernos, entidades que han surgido de forma relativa con un régimen jurídicamente uniforme, y su denominación es variada según la legislación de los países donde se han constituido, situación que ha dificultado la sistematización de los principios que regulan la organización⁹.

Jairo Ramos Acevedo efectuando un análisis del andamiaje que integra la administración pública descentralizada se refiere a la “administración paraestatal”, advirtiendo que la utilización de esta última definición lleva consigo la idea de una

⁶ Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, 12 edición (Buenos Aires: Editorial Hispana Libros, 2009) 707.

⁷ Miguel Marienhoff & Benjamín Basavilbaso, *Tratado de derecho administrativo* Vol. 1 (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1995) 206.

⁸ Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, duodécima edición, (Madrid: Civitas Ediciones SL, 2005) 426.

⁹ Enrique Sayagues Laso, *Tratado de derecho administrativo II séptima edición*, (Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2002) 226.

administración paralela a la central, las cuales gozan de una estructura y funcionamiento autónomo¹⁰, añadiendo además lo siguiente:

[...] al ir ampliando su esfera de acción e intervenir cada vez más en el campo de los particulares, ha tenido la necesidad de crear entidades que realicen actividades, que aunque no son propias o exclusivas de la función pública, su desempeño es de interés público, o que tratándose de actividades estratégicas y exclusivas del estado, requieren de autonomía técnica, financiera, administrativa y jurídica, a fin de facilitar la consecución del éxito de su empresa, lo cual se dificulta si estuvieran supeditadas a la organización jerárquica centralizada, que les impide libertad de acción y flexibilidad [...]¹¹

Resumiendo la descentralización institucional del Estado en palabras de Juan Carlos Cassagne, se denota que, al igual que los autores antes mencionados guarda concordancia en su definición respecto de la existencia de una duplicidad en el régimen jurídico aplicable en las empresas públicas, señalando que es la forma a través de la cual, el Estado incursiona a través de sus propias estructuras en actividades que usualmente han estado reservadas para la empresa privada en lo concerniente a actividades industriales, determinando además que estas formas jurídicas son especiales, por su particularidad en el régimen que las regula pues también coincide con otros autores en la existencia de un régimen jurídico mixto entremezclado entre el Derecho público en su parte administrativa y el Derecho privado en lo tocante a su aspecto empresarial¹².

Ahora bien, podemos evidenciar el criterio vertido por los autores citados, quienes de forma análoga, indistintamente de la definición que dotan a estas corporaciones, pudiendo ser la de empresa pública, empresa estatal, entidades paraestatales u otras, coinciden en que la constitución de organismos mercantiles por parte del Estado, responde a las necesidades imperantes de incursionar en actividades que usualmente han estado reservadas para la iniciativa privada, como las actividades industriales, comerciales y la explotación de recursos naturales, pues el fin de esta última actividad es la comercialización, es decir, una acción de tipo mercantil.

¹⁰ Ramos Acevedo Jairo, *Catedra de derecho administrativo general y colombiano* (Medellín: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2003) 120 – 121.

¹¹ *Ibídem* 120 – 121.

¹² Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo* tomo 1. (Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2006) P 314 – 316.

Las empresas del Estado, también son constituidas con el propósito de llevar a cabo actividades de prestación de servicios públicos, de esta forma, la actividad prestacional llega a los usuarios enmarcada en eficacia y eficiencia, ya que al estar fuera de la institucionalidad que constituye la administración pública central, goza de autonomía presupuestaria y de gestión, cualidades que la integran en la administración pública descentraliza.

Es evidente que, una de las cualidades que motivan la creación de estas instituciones, es la capacidad de acción, dejando de lado procedimientos engorrosos y burocráticos propios de la Administración Central del Estado, pues tanto para incursionar en actividades de venta de bienes o servicios, como para explotar recursos naturales o para brindar servicios públicos es necesaria que las acciones se efectúen observando parámetros competitivos y empresariales, situación que vierte para que las empresas públicas actúen en un marco legal mixto que combinan el Derecho público con el Derecho privado.

Ante la necesidad de dotar de agilidad a estas entidades, y en vista de que su constitución es autónoma de la Administración Pública Central, estas corporaciones pasan a ser parte de una forma de organización denominada Administración Pública Descentralizada. Para lo que se menciona la concepción sobre la descentralización administrativa vertida por Roberto Dromi quien, sobre los entes descentralizados señala:

Se opera la descentralización cuando el ordenamiento jurídico confiere atribuciones administrativas o competencias públicas en forma regular y permanente a entidades dotadas de personalidad jurídica, que actúan en nombre propio y por cuenta propia, bajo el control del Poder Ejecutivo [...]¹³

Por su parte, Julio A. Prat aporta el siguiente concepto:

Jurídicamente descentralización significa sacar de un centro determinados poderes para distribuirlos en otros centros. Es una acción de dispersión, de distribución de poderes jurídicos de un centro preexistente a la acción y que anteriormente los detentaba para entregarlos a nuevos centros que surgen a la vida jurídica o ven ampliada su competencia. Es también el reconocimiento, generalmente por acto legislativo formal, de cierta libertad de autodeterminación en favor de un organismo público sin llegar por ello, a quebrar la unidad estatal.¹⁴

¹³ Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, 12 edición (Buenos Aires: Editorial Hispana Libros, 2009) 340.

¹⁴ Hernando, Jesús Luis Abad; Diez, Manuel María, Julio A. Prat. *Acto y procedimiento administrativo* (Buenos Aires: Plus Ultra, 1975) 30.

Tomando como referencia a Ramos Acevedo la descentralización para el caso de estudio implica:

(i) la creación de una entidad diferente de la Administración Pública Central, esto surge ante la necesidad de dotar de lineamientos ágiles y eficientes alejados de la falta de celeridad y especialización propia de un organismo central;

(ii) la dotación de patrimonio propio, cuyo manejo es de forma autónoma de conformidad a las necesidades empresariales y fines que esta persigue;

(iii) la realización de actividades estratégicas (explotación de recursos naturales) del Estado, esto es el objeto de creación de estas corporaciones para cuyo efecto es imperante contar con parámetros empresariales, pues básicamente es la incursión en un área de competencia con la industria privada; y,

(iv) el control por parte de la administración central mediante la integración a un sector, el control desde este punto de vista, es aquel destinado a que las actividades empresariales se las efectúe en función de una planificación sectorial, que depende de la industria en la que se incursiona¹⁵.

Analizados los conceptos de varios autores extranjeros respecto de la empresa pública se denota que estas entidades son parte de lo que se conoce como Administración Pública Descentralizada. En palabras de Iñaki Agirreazkuenaga es aquella que se encuentra “[...]en medida en que las propias administraciones públicas del Estado o territoriales doten de personalidad jurídica pública a organismos autónomos [...]”¹⁶

Definiciones que a su vez están recogidas por Jorge Zavala Egas, quien refiriéndose a la descentralización señala:

Opera en la organización administrativa como principio de actuación de las Administraciones Públicas y consiste en la técnica de trasladar desde el centro de la Función Ejecutiva, hacia entidades descentralizadas con personalidad jurídica propia, competencias para el ejercicio de funciones pertenecientes antes a ese centro administrativo¹⁷

¹⁵ Ramos Acevedo Jairo, *Catedra de derecho administrativo general y colombiano* (Medellín: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2003) 124.

¹⁶ Iñaki Agirreazkuenaga, Carmen Chinchilla, Marco Morales, Efrain Perez & otros, *Descentralización, administración pública y constitución* (Quito: Corporación Editora Nacional: 2005) 159.

¹⁷ Zavala Egas Jorge, *Lecciones de derecho administrativo* (Guayaquil: Edilex SA, 2011) 178.

Se denota que las entidades que integran la Administración Pública Descentralizada; y, de forma particular las empresas públicas, ejercen funciones que le fueron concedidas por un ente central, es decir, estas no son titulares de la potestad pública, sino que actúan en función de su constitución y en estricta observancia única y exclusiva de aquellas funciones que hubieren sido trasladadas hacia ellas, en ese momento es cuando se efectúa la transferencia de competencias de un ente central para que las empresas públicas las ejecuten en el marco de parámetros empresariales y bajo las discrecionalidades que devienen de gozar de un régimen jurídico mixto, como ya se señaló en líneas anteriores, sin dejar de lado el fin público de sus actuaciones.

En este punto, es importante remitirnos al criterio de Patricio Secaira, quien sobre las empresas públicas manifiesta:

Son personas jurídicas creadas por el Estado o sus instituciones con capacidad para hacerlo. Su finalidad está orientada a las actividades de carácter mercantil, productivo o también para la entrega de algún servicio público [...] Tienen un régimen jurídico en el cual combinan lo público y lo privado [...]¹⁸

Para Efraín Pérez, la empresa pública es aquella entidad estatal sometida al derecho público en cuanto al manejo de sus fondos, pero que finalmente actúan como sociedades sometidas al derecho civil y mercantil, puesto que, el concepto (empresa) proviene de la economía fundamentalmente; además, se caracterizan por “multiplicidad de elementos existentes, que conlleva a mantener su peculiar naturaleza, en estas instituciones debe primar el principio de economicidad que incluye referencias a los costos reales y precios del mercado.¹⁹

Se podría colegir que, en definitiva la empresa es una organización que proviene principalmente de la economía, pues su característica principal es la rentabilidad financiera, a través de la comercialización de bienes o servicios, mediante la implementación de diferentes técnicas productivas y de mercadeo, objetivos que sin duda son exclusivos del orden privado que pretenden un beneficio particular; de otro lado, el Estado con la dura labor de perseguir el bien colectivo, y con una finalidad gubernamental, aparece en la intervención de ciertos sectores a través de la creación de

¹⁸ Secaira Patricio, *Curso Breve de derecho administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 113 – 114.

¹⁹ Efraín Pérez, *Manual de derecho administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008) 167.

empresas públicas, de tal suerte que se administre la riqueza del Estado con el fin de reproducirla, con un beneficio colectivo.

Bajo estos criterios, las empresas públicas se constituyen ante la necesidad del Estado de incursionar en actividades de una forma más ágil a la tradicional, con patrimonio propio y autonomía financiera, cuyo funcionamiento es autónomo al de la Administración Central y no se encuentra subsumido en la administración jerarquizada, se forman como consecuencia de que ciertas funciones que le pertenecen a un ente central, en este caso el Estado Central o los Gobiernos Autónomos Descentralizados, fueron sacadas y concedidas a este tipo de organizaciones, sin que estas entidades sean las únicas que integran esta clasificación de la institucionalidad del Estado.

La influencia de autores extranjeros en autores ecuatorianos es evidente, pues no existe prácticamente una variación de fondo en los conceptos con los cuales definen a estas entidades y su ubicación dentro de la Administración Pública Descentralizada, ya que existe concordancia entre sí, pues de sus criterios se deduce que las empresas públicas son entidades cuya misión consiste en brindar un servicio público por delegación del organismo que las creó o llevar a cabo actividades de carácter comercial e industrial, separadas orgánicamente de la Administración Central.

Una vez que se ha expuesto la analogía doctrinaria que existe entre varios tratadistas extranjeros y la influencia de estos en los autores ecuatorianos, es importante efectuar una apreciación de la influencia de este desarrollo doctrinario en el legislador ecuatoriano, en este marco, me referiré en primera instancia a la Constitución de la República, la cual, manda:

El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. [...] funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. [...] ²⁰

De la norma constitucional mencionada, se desprende que ésta ha determinado los mecanismos jurídicos de observancia obligatoria para la explotación de recursos naturales, administración de los sectores estratégicos, ²¹ prestación de servicios públicos

²⁰ Constitución de la República del Ecuador, Art. 315.

²¹ La Constitución de la República del Ecuador, sobre los sectores estratégicos, manda: “Art. 313.- [...] Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán

en el Ecuador, determinando que para cuyo efecto es pertinente la creación de las denominadas, empresas públicas; estas entidades en conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, “[...] estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos[...].”²²

Ahora bien, el procedimiento de constitución de estas entidades, está regulado por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, de la siguiente manera:

Constitución y Jurisdicción.- La creación de empresas públicas se hará: 1. Mediante decreto ejecutivo para las empresas constituidas por la Función Ejecutiva; 2. Por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados; y, 3. Mediante escritura pública para las empresas que se constituyan entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, para lo cual se requerirá del decreto ejecutivo y de la decisión de la máxima autoridad del organismo autónomo descentralizado, en su caso. [...]”²³

Las empresas públicas que se han creado a través de decreto ejecutivo, usualmente en nuestro país han estado destinadas para llevar a cabo actividades de orden comercial²⁴, que le corresponden al Estado, entre ellas se puede mencionar a EP Petroecuador, Petroamazonas EP, Enami EP, entre otras; estas empresas públicas en el ejercicio de sus funciones generan ingresos de divisas para el Estado, y todo ingreso que no se haya reinvertido en el crecimiento empresarial, pasa a formar parte del presupuesto general del Estado, en los términos establecidos en la Ley que las regula²⁵ y en cada instrumento de creación.

orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”.

²² Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 4.

²³ Ibídem, Art. 5

²⁴ Sin que se quiera mencionar que no se hayan creado empresas para otros fines que no sean los comerciales por parte del Ejecutivo.

²⁵ Ley Ibídem, “Art. 39.- EXCEDENTES. - Las empresas públicas deberán propender que a través de las actividades económicas que realicen se generen excedentes o superávit, los que servirán para el cumplimiento de los fines y objetivos previstos en el artículo 2 de esta Ley. [...] En cuanto al reparto de excedentes, aquellos que correspondan a la participación de la empresa pública, observarán los principios y normas previstos en el artículo 315 de la Constitución de la República, es decir se destinarán a la inversión y reinversión en las mismas empresas, sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado [...]”.

Desde otra perspectiva, las empresas públicas destinadas a la prestación de servicios públicos, mencionaré a la Empresa Publica Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas y, a la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, las cuales fueron creadas mediante Ordenanza No. 309²⁶, en función de las atribuciones del Concejo del Distrito Metropolitano de Quito²⁷; y, para el eficaz ejercicio de las competencias del gobierno autónomo descentralizado municipal,²⁸ estas empresas públicas destinadas a la prestación de servicios públicos se nutren de recursos que provienen de los presupuestos de los organismos que las creó, pues de su actividad no se genera mayores recursos que coadyuven a convertir en sustentable una empresa pública, ya que la actividad prestacional no está destinada a generar recursos como tal, sino al cumplimiento de un fin público.

Una cuestión que no se puede dejar de mencionar es que no se ha emitido el reglamento de aplicación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al respecto puedo señalar a título personal que resultaría infructuoso emitir tal normativa, pues la gestión de cada empresa difiere en función de su objeto de creación, por lo que resultaría inaplicable un reglamento de forma general para aquellas vinculadas a industrias como los hidrocarburos, los fármacos, la construcción, las que brindan servicios públicos como agua potable. En virtud de lo mencionado, la Ley de la materia ha dotado de capacidad legal al gerente general de las empresas públicas para emitir los reglamentos que fueran necesarios para gestión empresarial²⁹.

²⁶ Ecuador. Quito, Ordenanza Metropolitana No. 309, publicada en el Registro Oficial No. 186 de 05 de mayo de 2010.

²⁷ Ecuador. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, “Art. 57.- Atribuciones del concejo municipal. - Al concejo municipal le corresponde: [...] j) 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 cantonales, según las disposiciones de la Constitución y la ley. La gestión de los recursos hídricos será exclusivamente pública y comunitaria de acuerdo a las disposiciones constitucionales y legales; [...]”.

²⁸ *Ibidem*, “Art. 55.- Competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal. - Los gobiernos autónomos descentralizados municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley; [...] d) Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley; [...]”.

²⁹ Ley Orgánica de Empresas Públicas, “Art. 11.- Deberes y atribuciones del gerente general. - El Gerente General, como responsable de la administración y gestión de la empresa pública, tendrá los siguientes deberes y atribuciones: [...] 8. Aprobar y modificar los reglamentos internos que requiera la empresa, excepto el señalado en el numeral 8 del artículo 9 de esta Ley [...]”.

De las normativas constitucionales y legales citadas, considero que en nuestro país existe el marco legal necesario de acuerdo a las condiciones actuales para que las empresas públicas lleven a cabo su actividad; inicialmente contempladas en la Constitución de la República, donde se determina de forma taxativa los fines para los cuales deben ser creadas, todo esto, en concordancia con la Ley Orgánica de Empresas Públicas y en observancia de la normatividad secundaria.

Es importante resaltar la capacidad legislativa de la que gozan los directorios y gerentes generales de las empresas públicas, para la emisión de las normativas internas, pues en función del ámbito de competencia especializado y particular que cada una de ellas desarrolla, sus reglamentaciones deben responder a la necesidad industrial, comercial y particular, ésta capacidad legal aporta los elementos necesarios para que las empresas públicas sean administradas en conformidad con parámetros empresariales y bajo criterios técnicos y jurídicos de cada industria.

Se podría concluir que, existe el marco regulatorio necesario para su eficaz gestión, radicando en el gerente general como ya se mencionó la capacidad para emitir los reglamentos que fueran necesarios para la gestión empresarial, permitiendo de este modo que cada empresa goce de una regulación específica en función de sus necesidades, bajo los parámetros que rigen la administración pública de forma general.

Efectuando un ejercicio de Derecho comparado, se toma como referencia la República Federal de Argentina, donde se las denomina sociedades del Estado, las cuales están reguladas por la Ley No. 20.70530 cuyo contenido es de alcance general para todas las provincias. De forma particular, la provincia de Santa Cruz emitió la Ley No. 407 que determina el régimen para estas corporaciones dentro de su jurisdicción, en cuyo artículo 1, establece:

Todas las actividades económicas industriales, comerciales y de prestación y/o explotación de servicios públicos que el Gobierno de la Provincia de Santa Cruz considere necesario desarrollar por razones de interés público o a fin de proveer al tesoro provincial, se podrán llevar a cabo por medio de entidades que se denominarán "Empresas Provinciales"³¹

³⁰ Argentina. Buenos Aires, Ley 20.705. Publicada en el Boletín Oficial, 26 de agosto de 1974.

³¹ Argentina, Rio Gallegos, Ley 407. Rio Gallegos, 20 de agosto de 1964.

De la concepción legal que se concede a estas corporaciones, en función de lo mencionado en el párrafo precedente, se revela que su función está destinada de forma general a la ejecución de actividades comerciales y la prestación de servicios públicos.

Es clara la afinidad³² que guarda la normatividad con Roberto Dromi, uno de los tratadistas de mayor influencia en Argentina quien al analizar las empresas de los Estados locales, señala que estas cuentan con un régimen jurídico autónomo; y, que se regulan por el Derecho administrativo en sus relaciones con la administración, y en cuanto a su actividad comercial, las regula el Derecho privado³³.

Se puede distinguir sí, una clara diferencia de lo que encontramos en nuestro país en que exista una regulación específica en cada provincia, claro ésta que esta cuestión deviene como consecuencia del modelo de Estado argentino, sin embargo, es evidente que la función que se les asigna a estas corporaciones no difiere en el fondo, pues inclusive la normatividad secundaria a cada empresa depende de su norma de creación.

Se colige de lo analizado, que la empresa pública indistintamente de los modelos de Estado o mecanismo de constitución, nacen en la vida jurídica con fines determinados de forma específica, pues su función está destinada a las actividades comerciales del Estado y de igual manera a la prestación de servicios públicos, para cuyo efecto la normativa de cada Estado ha determinado los mecanismos jurídicos y procesales para su constitución y funcionamiento.

En Chile, estas corporaciones se analizarán tomando como base lo señalado en la Norma Suprema de éste país, la cual, manda:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: [...] 21.- [...] El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado³⁴

³² Resalto la armonía que existe entre las normativas (1964 – 1974) y los criterios vertidos por Roberto Dromi (2009), quien en mi criterio es uno de los tratadistas con mayor influencia en Argentina y Sudamérica, en este caso, por los años de expedición de las normas citadas y la versión de la obra consultada se puede decir que el autor es quien ha coincidido conceptualmente con la definición legal, sin embargo el mismo tratadista en la versión más moderna del mismo libro citado (2015) se refiere a la empresa pública de una manera más concreta, sin que se afecte el concepto que ha señalado en obras anteriores, al decir que: “la empresa pública constituye un modelo de intervención del Estado en la economía” agregando: “podemos hablar de empresa pública como genero organizativo de la administración económica en sentido amplio[...]” lo cual no varía la definición de la versión de la obra de 2009.

³³ Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, 12 edición (Buenos Aires: Hispana Libros, 2009) 708.

³⁴ Chile. Constitución Política de la República, publicada el 22 de septiembre de 2005

De la norma citada podemos advertir que en Chile la potestad de constituir estas corporaciones radica en los diputados y senadores, a través de la emisión de leyes de quórum calificado, entendidas estas según la definición del artículo 66 de la Constitución Política, como aquellas que “[...] se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio”³⁵.

Lo mencionado, se encuentra en concordancia con el artículo 6 de la Ley No. 18.575³⁶, donde se determina que el Estado podrá participar en actividades empresariales siempre que una ley de quórum calificado así lo prevea, determinando además, que estas entidades no podrán llevar a cabo “potestades públicas”³⁷ lo cual, establece que éstas se dedicaran de forma exclusiva a la gestión para la cual se hayan creado, es decir, el ejercicio de actividades empresariales o prestación de servicios públicos, mas no, a la emisión de políticas públicas pues ésta es una actividad propia del Estado Central.

En este sentido me referiré en líneas siguientes a la Ley No. 15579, a través de la cual, se delega a la Empresa de Agua Potable de Santiago la prestación de un servicio público, para lo cual, administra y explota el servicio de agua potable³⁸.

Podemos evidenciar que a través de Ley se procede a la delegación de la prestación de un servicio público a un ente de los que se analizan en el presente instrumento; de la revisión de la Ley ibídem, se puede evidenciar que esta corporación, está sujeta al control de los organismos competentes de la República de Chile, particularmente de la Contraloría General, de tal suerte su funcionamiento y régimen aplicable radica principalmente por las normativas que regulan la administración pública, sus actividades están bajo la coordinación directa de las carteras de Estado, a través de sus subsecretarios, quienes por mandato legal están obligados a coordinar las acciones con las empresas públicas,³⁹ todo esto, en virtud de lo establecido en el artículo 24 del Decreto con Fuerza de Ley No. 1-19653⁴⁰.

³⁵ Constitución Política de la República de Chile, Art. 66

³⁶ Argentina. Ley No. 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicada el 16 de febrero de 2011

³⁷ Ibídem.

³⁸ Santiago. Ley 15579. Publicada el 30 de mayo de 1964. Ministerio de Obras Públicas.

³⁹ Es importante considerar esta cuestión, pues aparece una similitud con las empresas públicas del Ecuador, donde por mandato de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, estas corporaciones tienen vinculación con el ministerio de Estado sectorial, toda vez que al Directorio se integra como presidente del órgano colegiado el titular del ministerio del ramo correspondiente en función de su objeto de creación.

⁴⁰ Santiago. Decreto con Fuerza de Ley 1-19653. Publicada el 17 de noviembre de 2001. Promulgada el 13 de diciembre de 2000.

Se evidencia una diferencia entre los otros Estados analizados, y esta radica en la competencia para su constitución, pues la creación de estas corporaciones tanto en Argentina como en Chile tienen un origen legislativo, situación que difiere de la de Ecuador, donde la competencia radica en el Gobierno Central, Municipal e inclusive en las Universidades, lo cual se prevé en la norma general que reside en la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Se genera la necesidad académica de generar un análisis de las implicaciones que lleva consigo el origen de las empresas públicas, tomando como referencia los Estados analizados, pues como ya se mencionó, tanto en Chile como en Argentina, radica en el legislativo, mientras que en nuestro país, en el Poder Ejecutivo a través de decreto ejecutivo, los Gobiernos Autónomos Descentralizados a través de acto normativo, e inclusive las Universidades Públicas mediante acto emitido por el máximo organismo universitario⁴¹.

En primera instancia me referiré a la ley remitiéndome a Santiago Muñoz Machado, quien señala

La ley se articula en Francia a partir del principio democrático, que supone el reconocimiento de una única fuente de producción del Derecho, que es la voluntad general que expresa la Nación soberana a través de sus representantes en la Asamblea legislativa⁴²

La ley constituye la fuente primigenia del Derecho, que en palabras del legislador ecuatoriano, “[...] es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”⁴³ para Abelardo Torrè la ley es parte de un conjunto normativo que están “destinadas a resolver cada una distintos casos de la vida social” en cuya pluralidad se encuentra un perfecto sistema ordenado y jerarquizado⁴⁴, que regula las relaciones y comportamiento humano en un grupo organizado.

⁴¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas de Ecuador, Art. 5.

⁴² Santiago Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general tomo II* (Madrid: Iustel 2006) 555 – 556.

⁴³ Ecuador. Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005, Art. 1.

⁴⁴ Abelardo Torrè, *Introducción al derecho*, 8va Ed. (Buenos Aires: Editorial Perrot 1981) 214

La fuerza de ley es una concepción que de acuerdo a Santiago Muñoz “es sinónima de supremacía de la ley⁴⁵” sobre los demás actos normativos emanados por las entidades con capacidad de hacerlo, de ello deviene la imposición de estas en la conducta social donde rigen, estableciendo preceptos de carácter general y obligatorios; al ser emanadas por el Poder Legislativo, su expedición responde a necesidades de la colectividad y su mandamiento rige para la generalidad, de forma permanente hasta ser reemplazada o derogada por otra ley.

Por otro lado, en palabras de Abelardo Torr  se denomina como decreto o reglamento a aquellas normas jurídicas con carácter general emanadas del Poder Ejecutivo⁴⁶. Patricio Secaira refiriéndose al mismo tipo de actos, señala: “Los decretos son la forma de expresión jurídica escrita de la autoridad pública, representada por el Ejecutivo. Es la manifestación jurídica de la voluntad del Presidente de la República”⁴⁷

En concordancia con lo previsto por los autores mencionados en el párrafo precedente, en el Ecuador el decreto ejecutivo por mandato constitucional⁴⁸ es una atribución del Presidente de la República y es el mecanismo para exteriorizar de forma expresa su voluntad en asuntos de su competencia, para el caso de estudio es la forma a través de la cual, se crean empresas públicas nacionales permitiéndole de este modo al Presidente de la República integrar el andamiaje institucional necesario para la consecución de los fines públicos en función de la planificación nacional.

En este punto, me referir  a las ordenanzas municipales, para lo cual, tomará las palabras de Marienhoff, Miguel, Benjamín Villegas Basavilbaso quienes señalan:

[...] el término “ordenanza” está especialmente reservado para los actos normativos, de contenido general, emitidos por las municipalidades. Añadiendo: Su carácter de “fuente” del derecho administrativo es obvio, ya que un sector fundamental de la actividad administrativa, regulada por el derecho administrativo, es el correspondiente a la actividad de las municipalidades, cuyo instrumento jurídico principal es la “ordenanza”⁴⁹

⁴⁵ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general* Tomo II (Madrid: Iustel 2006) 558

⁴⁶ Abelardo Torr , *Introducción al derecho*, (Buenos Aires: Editorial Perrot, octava edición 1981) 302

⁴⁷ Secaira Patricio, *Curso Breve de derecho administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 75

⁴⁸ Constitución de la República, “Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: [...] 5. Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control. [...]”.

⁴⁹ Marienhoff, Miguel, Benjamín Villegas Basavilbaso, *Tratado de derecho administrativo Vol. I.* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970) 146 - 147

Los municipios, son la expresión de administración autónoma, que en palabras de Teresita Rendón Huerta, “es la entidad político-jurídica integrada por una población asentada en un espacio geográfico determinado administrativamente, que tiene unidad de gobierno y se rige por normas jurídicas de acuerdo con sus propios fines”⁵⁰. En Ecuador el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, sobre los gobiernos autónomos descentralizados, señala:

Naturaleza jurídica. - Los gobiernos autónomos descentralizados municipales son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera. Estarán integrados por las funciones de participación ciudadana; legislación y fiscalización; y, ejecutiva previstas en este Código, para el ejercicio de las funciones y competencias que le corresponden [...] ⁵¹

Indudablemente, estamos frente a la organización local que administra y emite políticas de desarrollo local, desde un punto de vista más cercano a las necesidades sociales de un determinado territorio, para lo cual gozan de capacidad legislativa en el marco de sus suscripciones territoriales, particularmente para crear tasas y contribuciones, así como para crear las empresas públicas que le apoyen en su gestión⁵².

Estudiados que han sido la ley, el decreto ejecutivo y las ordenanzas, a título personal considero que la forma acertada de constituir estas corporaciones es como se lo ha previsto en Ecuador ya que tanto el Gobierno Central⁵³ como los gobiernos autónomos descentralizados⁵⁴ son organismos que, si bien sus titulares son de elección popular, por mandato Constitucional son los encargados de la planificación y desarrollo en el ámbito de sus competencias territoriales, por lo cual, la creación de empresas públicas goza de un enfoque más técnico y en el marco de la planificación ya sea nacional o local, según corresponda, lo cual además aporta un contacto más cercano a las necesidades sociales,

⁵⁰ Teresita Rendón Huerta, *Derecho municipal 3 Edit.* (México DF: Porrúa, 2005)13

⁵¹ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 53

⁵² *Ibíd.*, Art 57

⁵³ Constitución de la República del Ecuador, “Art. 141.- La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública. La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas”.

⁵⁴ *Ibíd.*, “Art. 240.- Los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tendrán facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales. Las juntas parroquiales rurales tendrán facultades reglamentarias. Todos los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán facultades ejecutivas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales”.

cuanto más en los gobiernos locales, cuyas empresas públicas al ser creadas en el marco de sus competencias generalmente su fin es la prestación de servicios públicos.

Por su parte, el Parlamento⁵⁵ se integra por varias fuerzas políticas, de modo que las decisiones que se asumen en este organismo pueden manifestar el interés del grupo que ostenta mayor poder político, exteriorizando la ideología del mismo, ocasionando la falta de criterio técnico en la creación de instituciones que al final integran la administración del Estado.

Ahora bien, analizada la empresa pública, tanto desde una mirada doctrinaria, legal y un ejercicio de Derecho comparado, se advierte que en Ecuador, estas corporaciones públicas también se las ha destinado para la gestión de los sectores estratégicos⁵⁶ y el aprovechamiento de los recursos naturales, actividades que vierten en una gestión de orden económico o empresarial que le corresponde al Estado.

Para el ejercicio de sus funciones gozan de un régimen jurídico híbrido, pudiendo señalarse que para estas corporaciones el régimen jurídico se adaptó estableciendo una duplicidad de aplicación entre el Derecho público para sus actuaciones administrativas incluyendo, pero sin limitar a la emisión de actos administrativos, y de Derecho privado para la consecución de sus fines empresariales.

De este modo, se generan los mecanismos jurídicos necesarios para que las empresas públicas lleven a cabo sus cometidos sin dejar de lado sus características de entidades que le pertenecen al Estado, pero actuando con prerrogativas de un régimen civil - mercantil al momento de ejecutar sus actividades de tipo industrial.

Se puede percibir también que para la elaboración de la normatividad sobre las empresas públicas en Ecuador, se efectuaron estudios doctrinarios pues estas, guardan relación con la dualidad de regímenes jurídico aplicables a éstas entidades.

⁵⁵ Ibídem, “Art. 118.- [...] La Asamblea Nacional se integrará por: 1. Quince asambleístas elegidos en circunscripción nacional. 2. Dos asambleístas elegidos por cada provincia, y uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que supere los cientos cincuenta mil, de acuerdo al último censo nacional de la población. 3. La ley determinará la elección de asambleístas de regiones, de distritos metropolitanos, y de la circunscripción del exterior”.

⁵⁶ Ibídem, “Art. 313.- (...) Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”.

En función de los criterios expuestos, así como del análisis formulado se define como empresa pública a aquella persona jurídica creada por organismo público con capacidad jurídica para hacerlo, con el fin de llevar a cabo actividades de orden empresarial o la prestación de un servicio público por delegación del órgano que la creó, gozando para cuyo efecto de prerrogativas que le permiten incursionar en competencia con la industria privada.

Al ser creada por organismo público, se rige por el Derecho público pues por un lado emiten actos, hechos y contratos administrativos, así como, sus trabajadores son servidores públicos en los términos señalados en la Constitución de la República, sin inobservar dentro de su objeto de creación su fin empresarial que se caracteriza por su libertad de contratación (exclusiva para las actividades desde un punto de vista mercantil), así como, los parámetros empresariales que se deben aplicar y observar para su administración, además no se puede dejar de mencionar la potestad de emitir sus propias normativas para su funcionamiento, lo cual, se traduce en autonomía de gestión.

1.1.2. Características de la empresa pública

Definida que ha sido la empresa pública en función de varios criterios doctrinarios, así como la naturaleza del acto jurídico de constitución, es importante traer a mención aquellas particularidades que caracterizan estas entidades públicas de otras instituciones del Estado, como se señaló en líneas anteriores al ser una forma jurídica especial para la administración del Estado en ciertos sectores, la creación de éstas responde a diferentes caracteres muy propios en cada empresa pública, según su objeto de creación y sin la concurrencia permanente de ellos, pues simplemente se desnaturalizarían estas corporaciones.

Libardo Rodríguez analizando las empresas públicas y sus características, señala:

Son organismos creados por la ley o autorizados por esta para desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado [...] que reúnen las siguientes características: a) personería jurídica; b) Autonomía administrativa y financiera; Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento

de tasas que perciben por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución⁵⁷

Agustín Gordillo refiriéndose a las entidades autónomas del Estado, entre otras cosas señala que son aquellas que tienen la capacidad de administrarse, así como de emitir sus propias normativas para su eficaz y eficiente funcionamiento, en esta clasificación, no podría dejar de lado la existencia de las empresas públicas⁵⁸.

Efraín Pérez señala que las empresas públicas se caracterizan por “multiplicidad de elementos existentes, que conlleva a mantener su peculiar naturaleza, en estas instituciones debe primar el principio de economicidad que incluye referencias a los costos reales y precios del mercado”,⁵⁹ lo cual traducido a la práctica es lo que la ley que las regula la denomina como estándares empresariales.⁶⁰

De acuerdo a los discernimientos que aportan los citados autores sobre la empresa pública y de forma particular a la capacidad de administrarse por sí mismas, he determinado las siguientes características de estas, según lo detallo a continuación:

a) Constituyen personas jurídicas de derecho público, puesto que su origen data de la Constitución de la República, de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, así como de su acto de creación, el cual, a su vez, determina el ámbito y límite de acción. Al gozar de personalidad jurídica, gozan de capacidad legal para actuar por sí mismas. En palabras de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, las empresas públicas gozan de personería jurídica derivada, toda vez que su constitución radica en otra Administración⁶¹.

b) Gozan de patrimonio propio, para la consecución de sus fines y encuentran dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. En palabras de Libardo Rodríguez, esta característica es relevante en estas entidades pues su patrimonio es distinto del patrimonio del Estado Central, esta característica acontece de las actividades con ánimo de lucro que desarrollan, pues de ello se desprende que estas

⁵⁷ Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano* (Bogotá: Temis S.A. 2013) 136.

⁵⁸ Agustín Gordillo, *Teoría general del derecho administrativo* (http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo06.pdf) p 186

⁵⁹ Efraín Pérez, *Manual de derecho administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008) 167.

⁶⁰ Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 2, número 5.

⁶¹ Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, duodécima edición, (Madrid: Civitas Ediciones SL, 2005) 375

tendrían mayores recursos que las demás instituciones del Estado, por lo cual, su dependencia es menor respecto del presupuesto nacional⁶².

Considero que esta característica le permite gozar de administración directa, lo cual a su vez constituyen elementos esenciales para su desarrollo, pues de éstas deviene la posibilidad de conocer y resolver las situaciones propias de su gestión empresarial sin necesidad de acudir a un órgano administrativo superior jerarquizado, sino únicamente para aquellos que de forma expresa le corresponde al Directorio en virtud de lo señalado en la Ley Orgánica de Empresas Públicas y su instrumento de constitución.

c) Sin perjuicio del control al que están sujetas las empresas públicas por parte de los organismos de organismos especializados para el control y auditoria ecuatorianos⁶³, las empresas públicas nacionales están sujetas al control del Ejecutivo⁶⁴, para Juan Carlos Cassagne, la dependencia al ejecutivo “no reviste carácter estrictamente jerárquico, sino que configura una relación administrativa, también denominada “de tutela”⁶⁵ en el mismo sentido resumiendo a Libardo Rodríguez, se puede mencionar que este control es tutelar y no es tan rígido como el que se aplica en otras entidades del Estado, pues como se ha señalado, el Autor reconoce la existencia de prerrogativas en la administración de las empresas públicas tanto en la relación con sus trabajadores como en su autonomía administrativa y financiera⁶⁶.

Gozar de autonomía administrativa y contar con un control desde un punto de vista tutelar del Ejecutivo, coadyuva a que las empresas públicas cuenten con procedimientos especiales y propios desarrollados según su objeto de creación para la administración de las mismas, todo esto aporta los elementos necesarios para incursionar en cualquier industria y puedan competir en los mercados.

d) Sus funcionarios son servidores públicos en los términos señalados por el artículo 229 de la Constitución de la República, sin embargo, su vínculo laboral con la empresa no está sujeta a la Ley Orgánica del Servicio Público ni siquiera de forma

⁶² Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano* (Bogotá: Temis S.A. 2013) 138 - 139

⁶³ Constitución de la República, artículo 204 y siguientes en concordancia con el artículo 47 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

⁶⁴ Constitución de la República, “Art. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: “[...] 12. El control y administración de las empresas públicas nacionales. [...]”.

⁶⁵ Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo* tomo 1. (Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2006) P 380

⁶⁶ Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano* (Bogotá: Temis S.A. 2013) 139

supletoria⁶⁷ sino a la Ley Orgánica de Empresas Públicas a la normatividad especial que para su efecto emita el Directorio de la empresa⁶⁸ y al Código del Trabajo, estos mandamientos legales están en plena concordancia con Libardo Rodríguez, quien refiriéndose a la administración de los trabajadores de las empresas públicas, señala que esta característica es parte de la autonomía administrativa y está destinada para lograr una mejor adecuación de su organización con los fines que persiguen⁶⁹.

Es de alta relevancia esta característica ya que, para consolidar una empresa pública, su talento humano debe responder de forma eficaz y eficiente, pues en la competencia que se ocasiona con otras empresas, estas regulaciones establecen condiciones favorables para poder captar a profesionales según la necesidad de la industria; así como de otro lado, separar a trabajadores en virtud de la oportunidad o decisión empresarial. No resultaría lógico que una empresa del Estado oferte ínfimas condiciones económicas a profesionales que por su experticia son demandados en organismos privados, estas situaciones aportan los elementos que convierte a las empresas del Estado competitivas en las industrias y cuenten con un talento humano de alta formación.

e) Las empresas públicas cuya constitución responde a fines económicos, su objetivo no deja de perseguir un fin público. En palabras de Libardo Rodríguez, “una empresa industrial y comercial del Estado, intenta obtener utilidades para beneficio de la misma empresa e indirectamente de la comunidad. Estas actividades pueden ser aun de servicio público”⁷⁰ criterio que está en concordancia con lo previsto en las normativas que regulan estas entidades en Ecuador⁷¹.

⁶⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas, “Art. 33.- Normas Supletorias. - En todo lo no previsto expresamente en este Título y siempre que no contraríe los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código de Trabajo en lo relativo a la contratación individual”.

⁶⁸ Ley Orgánica de Empresas Públicas, “Art. 17.- Nombramiento, contratación y optimización del talento humano. - La designación y contratación de personal de las empresas públicas se realizará a través de procesos de selección que atiendan los requerimientos empresariales de cada cargo y conforme a los principios y políticas establecidas en esta Ley, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública. [...] El Directorio, en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas. [...]”.

⁶⁹ Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano* (Bogotá: Temis S.A. 2013) 138

⁷⁰ *Ibíd.*, 137

⁷¹ Ley Orgánica de Empresas Públicas, “Art. 39.- EXCEDENTES. - Las empresas públicas deberán propender que a través de las actividades económicas que realicen se generen excedentes o superávit, los

El Estado a través de sus instituciones y normativa que integra el Derecho positivo ha creado las condiciones necesarias para que las actividades económicas y públicas se conjuguen entre sí de modo que aporten los elementos que en el marco de sus competencias coadyuven a la satisfacción de forma directa en la prestación de servicios públicos o de forma indirecta en la comercialización de bienes o servicios generando recursos económicos.

Se han citado los elementos que caracterizan a las empresas públicas y que aportan peculiaridad al momento de distinguir con una empresa privada, así como con las carteras y secretarías de Estado pudiendo evidenciarse de ellos, que, en su objeto a pesar de englobar aspectos de orden comercial o industrial, no se han alejado de un funcionamiento administrativo, conforme al Derecho público puesto que también se manifiestan a través de actuaciones administrativas.

1.2. Rol de la empresa pública en el Estado

Las actividades de las empresas públicas al ser personas jurídicas de Derecho público creadas por organismos públicos, están dentro de aquellas que le corresponden al Estado, por lo cual, es oportuno efectuar un análisis de los cometidos de las empresas públicas, según su objeto de creación, situación que delimita el giro específico de sus negocios, esto permitirá determinar el rol que éstas cumplen en la actividades que le corresponden al Estado, en función de lo que manda la Constitución de la República como propósito para la creación de estas corporaciones, determinando de la siguiente manera:

Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. [...] Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado. [...] ⁷²

que servirán para el cumplimiento de los fines y objetivos previstos en el artículo 2 de esta Ley. [...] Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado para que sean utilizados en los fines que la Función Ejecutiva considere pertinente, con excepción de los correspondientes a los gobiernos autónomos descentralizados que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 292 de la Constitución de la República, se considerarán recursos propios que se integrarán directamente al presupuesto del gobierno autónomo descentralizado correspondiente [...]"

⁷² Constitución de la República del Ecuador, Art. 315.

Se evidencia que la Constitución de la República establece de forma taxativa, las funciones para las cuales se podrían constituir las denominadas empresas públicas, de otro lado, el ámbito de acción de éstas se lo determina en su instrumento de constitución, en mérito de ello, se procede a analizar el rol de la empresa pública tomado desde las diferentes aristas que la ley lo ha previsto, dentro del aparataje público.

1.2.1. La empresa pública como prestadora de servicios públicos.

Sergio Valls Hernández sostiene que “[...] el origen de todo servicio público ineludiblemente se presenta la satisfacción de una necesidad y la intención de organizar su prestación [...]”⁷³

Para referirme a la prestación de servicios públicos, es importante recordar las tres formas de actividad administrativa propuestas por Manuel María Diez que son (i) policía, (ii) fomento y (iii) servicio público,⁷⁴ sin que sea necesario abordar cada una de ellas de forma particular, sino únicamente a la actividad de prestación de servicios públicos, la cual, parafraseando a Jorge Fernández Ruiz constituye una parte de la actividad de la administración pública, que se identifica por estar revestida de caracteres que deben concurrir de forma simultánea para que no se desnaturalice como tal, siendo estos la generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, calidad y la obligatoriedad, así como también ciertos elementos, que al igual que los caracteres deben acudir al mismo tiempo como son la necesidad, actividad de satisfacción, los usuarios o beneficiarios de la actividad prestacional y el sujeto que es el prestador del servicio público⁷⁵.

A título personal se puede definir al servicio público como aquella actividad que es conferida por el Estado de forma directa a través de su andamiaje; o, indirecta mediante formas jurídicas de delegación, como la concesión u otras, enfocada en satisfacer las necesidades de la población de forma continua, general y regular, actividad que, al ser de potestad del Estado, está inmersa en el Derecho público y por tal sometida a Derecho.

En el Ecuador, conforme manda la Constitución de la República, la prestación de servicios públicos es parte de los derechos que se reconoce para con los ecuatorianos para

⁷³ Sergio Valls Hernández, *La noción del servicio público en el estado social de derecho*, biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM <http://www.juridicas.unam.mx/>

⁷⁴ Manuel María Diez, *Derecho administrativo*, tomo iv, (Buenos Aires: OMEBA, 1969) p 143

⁷⁵ Jorge Fernández Ruiz, *Disertación sobre el servicio público*, tema central. (Quito: Revista de derecho No. 13 UASB Ecuador CEN quito 2010)

coadyuvar a la consecución del buen vivir que es el objetivo que ha plasmado el constituyente para llegar a través de la aplicación integral de las normas constitucionales en beneficio de las mayorías, para cuya efectividad se cuenta con una serie de mecanismos de evaluación y control⁷⁶.

La actividad prestacional en la mayoría de casos se la hace a través de las denominadas empresas públicas, por citar algunas de las más importantes creadas por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, se trae a colación a la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, cuya función consiste en dotar de vialidad en el territorio que comprende el Distrito Metropolitano como tal, construyendo y manteniendo vías de comunicación dentro de la ciudad y de ésta con sus conurbaciones y, a la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, cuya función consiste en la provisión de agua potable y sus obras vinculadas dentro del referido territorio.

Es evidente que éstas, en el cumplimiento de su objeto de creación llevan a cabo una función de vital importancia para el normal desenvolvimiento de las relaciones personales de una ciudad como Quito, efectuando la prestación de servicios públicos,⁷⁷ entendido ésta conforme lo señala Marco Morales, quien la concibe como “toda actividad que se caracteriza por atender necesidades individuales de importancia colectiva prestados por el Estado, de manera permanente, material y sistemática, para alcanzar su finalidad de promover el bien común y el progreso social”⁷⁸.

De lo mencionado se puede colegir que el rol de la empresa pública en la prestación de servicios públicos en el Ecuador, es de vital importancia para los Estados, donde la intervención del Estado en la actividad prestacional es de gran influencia, denotándose que las prerrogativas de las que gozan estas corporaciones generan un beneficio que se traduce a eficacia y eficiencia en la dotación de servicios públicos por parte del Estado, a través de las denominadas empresas públicas.

1.2.2. La empresa pública en el aprovechamiento sustentable de recursos naturales

⁷⁶ Constitución de la República de Ecuador, Art. 85.

⁷⁷ *Ibíd*em, Art. 264.

⁷⁸ Marco Morales, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2011) 387

Para llevar a cabo el análisis de la empresa pública en el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, es imperante destacar lo que la Constitución de la República determina para el efecto, en función de ello se trae a colación lo previsto en la sección cuarta, de los recursos naturales:

“Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota [...]”⁷⁹

Podemos notar la reserva que se ha guardado para sí el Estado en la propiedad y gestión de los recursos naturales, entre los cuales podemos señalar pero sin limitar a los hidrocarburos, los yacimientos minerales, entre otros, que son aquellos recursos que el Estado actualmente los explota a través de éstas corporaciones (empresas públicas), con el fin de generar riqueza, persiguiendo una finalidad pública tendiente al desarrollo de la nación, de manera articulada con las políticas de planificación y desarrollo emanadas desde la Secretaría Nacional de Planificación, que es el organismo técnico que diseña la planificación nacional en función de las políticas emanadas por el Presidente de la República, convirtiéndose en un Estado interventor en actividades que usualmente han estado delegadas a la iniciativa privada, y que a más de generar las políticas públicas para el desarrollo, aparece en cumplimiento de un rol empresarial.

Es importante mencionar que esta actividad del Estado no es de los últimos años, pues en palabras de Luis Alberto Arauz “El Derecho Petrolero del Ecuador tiene antecedentes en las mitas incásicas y las ordenanzas de la colonización española de 1574 y 1783 sobre las minas pertenecientes al Rey, entre las cuales se enumeraban a los bitúmenes, breas, aceites minerales [...]”⁸⁰

Posteriormente, estuvo en vigencia el reglamento de minería expedidos por Simón Bolívar en 1829 y más tarde existió la Ley de Fomento de 1830, la cual estuvo vinculada con la actividad extractiva de minerales, actividad que se caracterizó por la baja

⁷⁹ *Ibíd.*, Art. 408.

⁸⁰ Luis Arauz, *Derecho petrolero ecuatoriano*, (Quito: C. E. de PETROPRODUCCIÓN, 2009) P 208 - 209

tecnología y profundo impacto ambiental; más adelante, en Gobierno del general Guillermo Rodríguez Lara, se expidió la Ley de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana⁸¹ y desde esa fecha comenzó a funcionar hasta 1989 en que fue reemplazada por la Empresa Estatal PETROECUADOR, la cual se encargó de la actividad petrolera en los campos del Oriente ecuatoriano desde el año 1972⁸² hasta nuestros días, que opera bajo la modalidad de Empresa Pública.

Según el análisis publicado por la Coordinación General de Empresas Públicas de la Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, actualmente en nuestro país la incursión del Estado a través de las empresas públicas en el aprovechamiento de los recursos naturales es muy común y la ejerce mediante las empresas públicas entre ellas, las de mayor influencia EP PETROECUADOR, ENAMI EP, PETROAMAZONAS EP, FLOPEC EP y otras empresas vinculadas al sector de explotación de recursos naturales que se han constituido bajo la modalidad de compañías de economía mixta como Rio Napo CEM y Gran Nacional Minera Mariscal Sucre CEM con la mayoría de capital estatal ecuatoriano⁸³.

El rol de la empresa pública en el aprovechamiento de los recursos naturales del Estado, se podría considerar como un ejercicio de soberanía, además de ser de gran importancia pues en países como el nuestro coadyuvan a la generación de riqueza y aportan para la constitución del Presupuesto General del Estado, claro está, que esta modalidad de incursión del Estado en actividades productivas, comerciales y económicas dependen del modelo de Estado que se plantea el gobierno de turno.

1.2.3. La empresa pública, en la explotación de actividades comerciales

Conforme lo que se ha mencionado en líneas precedentes, sobre la incursión del Estado en actividades que tradicionalmente han sido ejercidas por capital privado, podemos evidenciar la existencia de iniciativa de generar un enfoque empresarial por parte de la administración, y no solo, aquella administradora, una de las cuestiones que

⁸¹ Expedida mediante Decreto No. 522, publicado en el Registro Oficial No. 88 de 23 de junio de 1972

⁸² A esta época se la conoció como el "boom petrolero", que duró desde 1972 principios de los 80s, con un crecimiento inusitado de los precios del crudo, el ingreso del Ecuador a la Organización de Países Exportadores de Petróleo OPEP y por la presencia de un gobierno militar con tintes nacionalistas.

⁸³ Jessica Andrade Campaña, *Empresas públicas y planificación su rol en la transformación social y productiva* (Quito: SENPLADES 2013) 48 - 70

ha generado la incursión en actividades de orden empresarial ha sido la pretensión de generar riqueza para alcanzar niveles de eficacia y eficiencia, en la prestación de servicios públicos y en general en el cumplimiento de la actividad pública.

En palabras de Ramón Martín Mateo, se debe concebir al ejercicio de la administración pública también desde un espectro empresarial ya que en aplicación del principio de igualdad ante las leyes, está en capacidad de incursionar en los mercados, cuanto más disponiendo de los medios para el logro de sus fines y objetivos; al observar una política empresarial, deben ser aplicados criterios racionalistas teniendo como finalidad la generación de riqueza al menor costo posible, así como en el menor tiempo, en este sentido, debe evitarse la incursión del Estado en mercados de baja rentabilidad, generando para el efecto análisis del marketing adecuado que permita contar con los elementos que aporten criterios empresariales a la actividad comercial pública, implementando técnicas enfocadas en el cumplimiento de los objetivos planteados.⁸⁴

A pesar de que para la consecución de fines comerciales eficaces y eficientes de parte del Estado, como lo señala el autor mencionado, la actividad comercial pública debe alejarse de aquellos mercados de baja rentabilidad, en muchas ocasiones el Estado se ve obligado en incursionarlos ante la falta de iniciativa privada, todo esto con el propósito de resguardar la existencia de actividad en aquellos sectores que podrían considerarse comercialmente de bajo interés, pero que de una u otra forma existe alguna demanda de clientes o de usuarios, este tipo de situaciones obligan que el Estado deba entrar en actividades que más que ganancias le generan gastos, de tal suerte, estados financieros en contra, sin embargo deben ser atendidos, pues el Estado no puede dejar de observar la finalidad pública en el cumplimiento de sus fines.

La intervención del Estado en diversas actividades industriales – comerciales denota su ánimo de ser parte de la competencia que se produce al momento de comercializar los bienes o servicios resultado de la incursión de esta serie de actividades de orden comercial e industrial, de tal suerte, el intervencionismo estatal, para poder llegar a los mercados locales e internacionales demanda de eficacia y eficiencia.

Se puede evidenciar de lo mencionado que en definitiva al referirnos a empresas públicas, corporaciones estatales o empresas del Estado, nos encontramos con la entidad

⁸⁴ Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo 18va Edición* (Madrid: Trivium 1996) p 60

a través de la cual el Estado actividades ya sea comerciales o a su vez, incursionan en áreas que tradicionalmente han sido explotadas por la industria privada, pudiendo colegirse que el rol de la empresa pública en la incursión del Estado en actividades comerciales, es de gran importancia para los cometidos del mismo en sí, pues al gozar de prerrogativas jurídicas y de gestión se facilitan los procedimientos administrativos en beneficio de los ciudadanos, posibilitando el acceso a criterios empresariales en su sentido integral, es decir que le permitan entrar a competir con el capital privado aportando principios de economicidad y calidad para la generación de riqueza para posibilitar el cumplimiento de los fines públicos.

Tomado el criterio de Patricio Latorre Vivar, se puede mencionar que la empresa estatal como tal, es el mecanismo por el cual el Estado interviene en el campo empresarial, cuya creación les corresponde a los organismos con capacidad de hacerlo, gozando de personalidad jurídica, patrimonio propio, cuya actividad no puede superar su objeto de creación,⁸⁵ gozando de prerrogativas que van en beneficio de su gestión empresarial, generando rédito para las arcas fiscales a través de los excedentes que no se los haya reinvertido en la propia empresa ya que estos van a integrar el Presupuesto General del Estado.

Se concluye que una empresa pública o empresa estatal, nace en el mundo jurídico para llevar a cabo actividades de prestación de servicios públicos o a su vez de carácter comercial en general, que corresponden al Estado, gozando de prerrogativas que van en beneficio de su gestión empresarial, modelo que además de Ecuador, se puede encontrar en Chile y Argentina, entre otros, países donde estas corporaciones han cumplido sus cometidos de forma similar a la de Ecuador, generando ingresos a las arcas fiscales de los Estados, ejecutando la prestación de servicios públicos y particularmente en el caso de Ecuador en el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales no renovables, actividad que de forma general se la puede encasillar como una actividad comercial, pues su fin es captar recursos a partir de la comercialización de los mismos.

Se denota que el rol de la empresa pública es de gran importancia, pues su accionar está enfocado a sectores sensibles donde la intervención del Estado de forma directa es fundamental, pues al tener intervención de forma directa en la prestación de servicios

⁸⁵ Patricio, Latorre, *Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: Naturaleza, límites y control de sus actividades*, (Valparaíso: Revista de Derecho, 2008) 223-240.

públicos o explotación de recursos naturales tiene control sobre aspectos que tienen decisiva influencia económica, política y social en las zonas de influencia de forma primigenia y a nivel nacional como se ha señalado en líneas anteriores, constituyéndose así de esta forma el Estado en un actor principal de los sectores productivos, actuando con parámetros que le permiten estar en competencia con la iniciativa privada, generando recursos económicos para las arcas fiscales de forma directa.

Una vez que han sido analizadas estas corporaciones públicas tomando como referencia doctrina de varios países esta fue complementada con un ejercicio de Derecho comparado, lo cual permitió determinar diferencias que surgen en la constitución de las empresas públicas del Ecuador, tomando como referencia a Chile y Argentina, completando el estudio con el correspondiente análisis de las normativas que regulan el funcionamiento de estas entidades en nuestro país, estableció el escenario de estudio para determinar los conceptos objeto de análisis en el presente capítulo.

Ahora bien, en el siguiente capítulo del presente trabajo de investigación, se efectuará un análisis de los contratos que se celebran en las empresas públicas, así como su naturaleza jurídica y su régimen legal, lo cual permitirá determinar la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las empresas públicas en el marco de su objetivo empresarial.

Capítulo segundo

Naturaleza jurídica de los contratos celebrados en las empresas públicas ecuatorianas, conforme a la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública y giro específico del negocio

Las diversas relaciones de los seres humanos hacen que se generen varias situaciones jurídicas propias del trato y de las necesidades sociales, entre las cuales se genera el vínculo contractual, que en palabras de los autores Guillermo Ospina y Eduardo Ospina esta actividad jurídica se denomina bajo el axioma de autonomía de la voluntad, cuya característica principal radica en la voluntad de los privados siendo ratificada por el ordenamiento jurídico positivado, considerada esta última condición una delegación del legislador para que los privados regulen sus negocios jurídicos, cuya expresión depende de una serie de factores tanto filosóficos como del desarrollo social del instante en que se producen tales relaciones⁸⁶.

De forma general se puede mencionar que los actos jurídicos pueden ser emanados de forma unilateral, bilateral o multilaterales; para el caso que nos ocupa entramos en análisis de aquellos actos jurídicos bilaterales y/o multilateral, es decir, aquellos donde la expresión de la voluntad se plasma a partir de dos o más partes, entendiéndose como “parte” a quien constituye la obligación de hacer o dar algo⁸⁷ en favor de otro ya sea a título personal o en representación de una corporación.

El contrato en palabras de José Luis Concepción Rodríguez, es conceptualizado en los siguientes términos:

Por contrato, usualmente, entendemos aquel pacto, ajuste o convenio que crea una obligación entre las personas que lo hacen que se consuma [...] Para el Derecho romano, el acuerdo de voluntades que por sí solo no generaba acción ni vínculo obligatorio alguno, se denominaba convención o pacto y para la producción del contrato, propiamente dicho, era preciso la adopción de formalidades exigidas por la ley o una causa idónea para fundar una obligación⁸⁸

⁸⁶ Guillermo, O. F., & Eduardo, O. A., *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 6 Edición (Bogotá: Editorial Temis SA, 2000) 6.

⁸⁷ El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1454 define al contrato de la siguiente manera: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

⁸⁸ José Luis Concepción Rodríguez, *Derecho de Contratos* (Barcelona: Editorial Bosh SA 2003)

El autor señalado en líneas precedentes aborda al contrato desde una conceptualización primigenia basada en el Derecho romano, desde donde ciertamente no se reconoce la existencia de un vínculo sin que las voluntades sean plasmadas con arreglo a las disposiciones normativas, determinándose requisitos que deben concurrir al momento de contraer obligaciones de índole contractual; esta definición, sin duda ha trascendido por años, tanto es así que los requisitos legales para la celebración de un contrato están previstos de forma expresa en el Código Civil ecuatoriano en los siguientes términos:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra⁸⁹

La normativa ecuatoriana, recoge estos principios inherentes a la contratación, estableciendo de forma expresa y taxativa las características que de forma permanente deben concurrir a la celebración de este tipo de instrumentos que plasman la voluntad de las partes, pues como señala la doctrina desde la época de los romanos no solo la existencia de la voluntad de las partes es suficiente para que las obligaciones fueren exigibles, pues las mismas deben construirse en el marco en el derecho positivo. En palabras de Jorge López Santa María, este se constituye como instrumento creador de obligaciones para quienes acuden a su celebración atribuyendo “a la voluntad de los contratantes un poder soberano para engendrar obligaciones. La voluntad de las partes es a la vez fuente de las obligaciones contractuales y medida de dichas obligaciones”⁹⁰.

Parafraseando a Claro Solar la obligación constituye el efecto de un hecho, de modo que goza de un fundamento que limita el accionar humano cuyo alcance ha sido definido por los diferentes sistemas jurídicos⁹¹ y pactado por las partes, es decir si bien los diversos sistemas jurídicos han previsto un régimen especial, el contrato como ya se ha señalado no ha dejado de ser considerado como una fuente que produce obligaciones

⁸⁹ Código Civil, Art. 1461.

⁹⁰ Jorge López Santa María *Los contratos parte general* (Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile 1986) 3

⁹¹ Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, (Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1979) 551

para las partes que concurren a su celebración, precepto recogido en el Código Civil ecuatoriano, el cual establece que “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones”⁹² el autor en mención, además agrega:

El contrato es la voluntad de las partes lo que forma la obligación; es ella la que es verdaderamente su causa creadora; es ella la que determina su objeto, su extensión y sus modalidades: la ley no interviene sino para sancionar este concurso; abriendo a las partes la acción contractual, se limita a dar su visto bueno a esta convención.[...] Ninguna otra fuente de obligaciones tiene una naturaleza casi contractual, porque no hay ninguna que presente algo análogo a un convenio voluntario entre el acreedor y su deudor⁹³

En concordancia con lo señalado en el párrafo que precede, Francesco Messineo & otros, refiriéndose a las fuentes del contrato, señalan:

Al igual que los otros instrumentos jurídicos, el contrato tiene, como posibles fuentes reguladoras, las normas de ley (y, eventualmente, las normas reglamentarias del Gobierno) las normas corporativas y los usos [...] Pero hay que agregar como fuentes peculiares, algunos estatutos de sociedad, aprobados por Decreto, y las condiciones generales de negocio⁹⁴

Las exigencias enunciadas en el párrafo precedente están en plena relación con la conceptualización propuesta por José Luis Concepción Rodríguez tomando como origen la época de los romanos y que se ha recogido en el Código Civil ecuatoriano, ya que no basta la existencia de la decisión de las partes para obligarse entre sí y que de ésta se generen un vínculo jurídico; sino deben participar en la estipulación contractual requisitos básicos como la capacidad de hacer, la licitud del objeto estipulado, así como la consenso para lograr el acuerdo. Solo cuando han concurrido tales requisitos, estamos frente a un contrato perfectamente exigible para las partes, cuya construcción de obligaciones ha sido con arreglo a las normativas que comprende el Derecho positivo, todo esto en concordancia con el criterio vertido por Messineo, pues la fuente principal del contrato está prevista en la ley; de tal suerte que, de no acudir las formalidades legales se estaría frente a un instrumento que se convierte en un documento de imposible ejecución.

⁹² Código Civil, Art. 1453

⁹³ Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, (Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1979), Art. 554

⁹⁴ Francesco Messineo, Fontanarrosa, Melendo, Volterra, M., & Neppi, V. *Doctrina general del contrato* Vol. 1, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952), 3.

Los tratadistas Arturo Alessandri R., Manel Somarriva y Antonio Vodanovic, sobre el contrato prevén:

Contrato es, pues, la convención dirigida a crear obligaciones. Por ende, conforme a esta doctrina todo contrato es una convención, pero no toda convención es un contrato; no lo es cuando modifica o extingue una obligación establecida anteriormente. Por ejemplo, la compraventa es un contrato porque crea la obligación para el vendedor de dar una cosa y para comprador la obligación de pagarla en dinero. Pero la tradición de la cosa y el pago del precio son convenciones porque extinguen las respectivas obligaciones creadas por el contrato [...]⁹⁵

La definición propuesta en líneas anteriores respecto de la relación existente entre contrato y convención, sus similitudes y diferencias es una cuestión contradicha por varios autores, así como ratificada por otros; para el presente caso de estudio, se cita a Luis Claro Solar, quien señala que “la convención que tiene por objeto la formación de una obligación, es la que se denomina más especialmente contrato. La convención es el género, el contrato la especie.”⁹⁶

Parafraseando a Claro Solar, se puede mencionar que a través de la convención se puede crear derechos y obligaciones, así como también se los puede extinguir, sin embargo, se debe advertir que no es una regla que a través de una convención se extingan obligaciones que hubieren nacido de la celebración de un contrato⁹⁷.

En definitiva tanto el contrato como la convención constituyen mecanismos creadores de obligaciones y sinónimos, pues sin duda para que una convención surta efecto también deben concurrir los elementos para su validez como la capacidad, objeto – causa lícita, consentimiento de las partes, tanto es así que inclusive el Código Civil ecuatoriano, al definir el contrato lo establece como “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”⁹⁸

Normativamente en el Ecuador, se denota que no existe una distinción entre contrato o convención. Así también, de los criterios vertidos por los mencionados autores, se desprende que estamos frente a una actividad reglada, cuya fuente radica en la norma

⁹⁵ Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, & Antonio Vodanovich, *Tratado de derecho civil, Partes Preliminar y General*, tomo II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998) 176

⁹⁶ Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, (Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1979) 566

⁹⁷ *Ibíd.*, 567

⁹⁸ Código Civil, Art. 1454

ya sea por leyes formales o materiales, fijando ciertos límites para la determinación de un pacto, cuya demarcación se traduce a la licitud o ilicitud de lo convenido, coligiendo de forma general que el contrato o convención es un acto jurídico donde se han determinado obligaciones de forma bilateral o multilateral, que produce efectos legales a los intervinientes, quienes deben estar en capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Ahora bien, una vez que en el capítulo que precede se ha determinado la naturaleza jurídica de las empresas públicas, sus características y el rol que estas cumplen en el Estado desde las diferentes aristas de acción; para la consecución de los fines del presente estudio, es imperante entrar en análisis de aquellos contratos que se celebran en estas corporaciones públicas, tanto en el giro específico de sus negocios, es decir su ámbito empresarial, como en el campo administrativo; para lo cual, se tomará diversos conceptos doctrinarios que se complementarán con el análisis de normativas que regulan la contratación con el Estado y de forma particular en las empresas públicas, así como las características de tales contratos a fin de determinar su naturaleza en que campo se enmarca.

2.1 Contrato administrativo celebrado en las empresas públicas

Analizado que ha sido el contrato desde una perspectiva originaria y enmarcada en el campo del Derecho privado, ahora es oportuno llevar a cabo un análisis doctrinario y legal respecto de los contratos administrativos, para lo cual me refiero a Juan Carlos Cassagne, quien señala que el contrato administrativo fue una creación del Consejo de Estado francés bajo la idea que los particulares colaboren en la realización del fin de la administración, añadiendo que con el contrato administrativo la administración procura la satisfacción de un interés público el cual constituye el fin u objeto del tal instrumento⁹⁹.

Es claro que el contrato es un mecanismo propio del Derecho privado como se mencionó en el subtítulo que antecede, constituye una característica a través de la cual se efectiviza la gestión privada en el quehacer comercial, para Gustavo Penagos la figura del contrato en el campo administrativo tomó posesión ante la idea de que sea la administración la que brinde todo tipo de servicio, constituye un mecanismo insertado en

⁹⁹ Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo* II edición, (Buenos Aires: Abelardo Perrot 2005) 16

el Derecho administrativo ante la necesidad de que el Estado cuente con servicios que fueren brindados por los particulares para coadyuvar la función pública, constituyéndose de esta forma como una de las figuras de mayor relevancia en este campo¹⁰⁰.

Pedro A. Lampera, señala que “por definición, el contrato implica igualdad entre las partes, equilibrio en las cargas y autonomía en la manifestación de la voluntad. Lo administrativo, en cambio, sugiere ideas de unilateralidad, de interés público, de primacía de lo general sobre lo individual”¹⁰¹.

Al unificar estos parámetros con los cuales se define por un lado al contrato, y por otro a la administración, permite al lector advertir que nos encontramos frente a un instrumento constituido a partir de dos conceptos que al unificar nos da como resultado el apareamiento del denominado contrato administrativo, el cual tomando ciertos principios de las regulaciones privadas se insertó en la administración pública para llegar a entablar una relación del Estado con los particulares.

El contrato administrativo sin duda fue una adaptación del legislador a fin de adecuar una relación que supone la igualdad entre las partes, sin embargo de ello, esta última cualidad es inexistente en este tipo de instrumentos ya que de sus características se desprende que el Estado aun en este tipo de relaciones ejerce la potestad de imperio, en este sentido parafraseando a Penagos se pueden establecer las siguientes características:

- La iniciativa para la celebración de estos instrumentos debe estar ajustada a la planificación estatal y contar con la autorización e instancias pertinentes en función.

- Para el perfeccionamiento de estos instrumentos demanda la observancia de un cause formal, en sus distintas fases en la cual se evalúan las condiciones del eventual contrato, es decir no basta el consenso de las partes para la celebración, sino debe mediar un procedimiento reglado.

- Las partes o una de ellas debe ser una entidad del Estado, en el supuesto de que ambas partes fueren entidades públicas el contrato será netamente administrativo; de otro modo, en el caso que una de las partes fuere una entidad gubernamental existe la posibilidad de no sea un contrato administrativo y recaiga en el campo del Derecho privado.

¹⁰⁰ Gustavo Penagos, *Curso de Derecho Administrativo* tomo II, (Bogotá: Ediciones Liberia del Profesional 1982) 943

¹⁰¹ Pedro Lampera Rodríguez, *Contratos Estatales*, (Bogotá: Editorial Temis 2007) 8

- La inclusión de las cláusulas forzosas con indicación de que dicho contrato se sujeta al Derecho público, la inclusión de garantías, condiciones de pagos, multas, mecanismos de ampliación o modificación, entre otras.¹⁰²

De las características enunciadas, se colige que en definitiva el contrato administrativo constituye una adaptación que se tomó de las relaciones reguladas por el Derecho privado, a fin de que el Estado cuente con un mecanismo de vinculación jurídica con los particulares sean estos personas naturales o jurídicas para que éstos últimos aporten con sus capacidades, experiencias y tecnologías en la consecución de los fines estatales coadyuvando en la construcción de obras, venta de bienes o prestación de servicios, todo esto tendiente a la satisfacción de las necesidades colectivas.

Es importante recalcar que en este tipo de contratos se fragmenta uno de las características del contrato que es la igualdad entre las partes, pues el Estado a través de sus mecanismos de imperio frente al particular incluye en dicha relación contractual estipulaciones que no cabrían en una relación entre privados como es la aplicación de multas, sanciones, condiciones de pago y límites tanto para su ampliación como para sus reformas, esto con fin de garantizar que el interés público este en supremacía frente al interés particular del contratista.

Bajo la premisa expuesta, es necesario remitirse a las palabras de Roberto Dromi para quien los contratos administrativos constituyen una forma de manifestación de la administración pública, forman parte de una especie de contrato, cuya especialidad y características están determinadas por su régimen jurídico, añade el Autor que no existe armonía doctrinaria en cuanto a su denominación, pues se los puede llamar como contrato administrativo, acuerdo administrativo, contratos del Estado, contratos en la Función administrativa u otros¹⁰³. Permitiendo al autor, conceptualizarlos de la siguiente manera:

Conceptualmente entendemos que el contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u ente público (estatal o no estatal), por la otra. Es el acto bilateral que emana de la manifestación de la voluntad coincidente de las partes. En tanto es una declaración volitiva, no una actuación material, difiere del hecho de la Administración, y en cuanto

¹⁰² Gustavo Penagos, *Curso de Derecho Administrativo tomo II*, (Bogotá: Ediciones Liberia del Profesional 1982) 951 – 952.

¹⁰³ Roberto Dromi, *Derecho administrativo* 13^{va} ed. (Buenos Aires – Madrid – México – Ciudad Argentina – Hispana Libros 2015) 585.

importa una concurrencia bilateral de voluntades se distingue del acto administrativo, que por esencia es unilateral¹⁰⁴

Se puede advertir que para el autor *ibídem*, indistintamente de la denominación que se pueda conceder a este tipo de instrumentos generadores de vínculo jurídico entre los particulares y el Estado, su régimen jurídico y su interpretación está sujeta a manifestación volitiva, es decir, a los límites propuestos como voluntad que la administración pública plasma a través de las cláusulas por las que ejerce su potestad de imperio.

De su parte Ismael Farrando respecto de los contratos administrativos, señala:

Los contratos administrativos constituyen una especie, dentro del género de los contratos caracterizados por elementos especiales tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin jurídico o propio de la Administración y que llevan explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado¹⁰⁵

Los criterios propuestos tanto por Dromi como por Farrando sin alejarse del principio originario del contrato administrativo que radica en el Derecho privado, prevén que este constituye una especie dentro del género del contrato, cuya voluntad se plasma a partir de la concurrencia de voluntades de las cuales una o ambas partes deben representar a un organismo estatal, debiendo añadirse que es el ente público el que establece los límites de las estipulaciones y cuyo objeto contractual tienen como propósito la satisfacción de las necesidades generales de la sociedad.

El fin del contrato administrativo al estar vinculado de forma directa con el interés general lleva consigo aquellos elementos que los caracteriza y que fueron señalados en líneas anteriores, las que a su vez hacen inexistente una relación igualitaria entre las partes, de tal suerte que se convierte en un instrumento de control total por parte del Estado, estando la otra parte en caso de ser un particular sujeto a condiciones de estricto cumplimiento so pena de aplicación de sanciones según la legislación de cada Estado.

Esta doctrina en definitiva se ha constituido en fuente tanto para autores ecuatorianos como para los legisladores, pues los conceptos jurídicos propuestos han sido acogidos tanto en el desarrollo académico con el ordenamiento ecuatoriano como se demuestra en líneas siguientes.

¹⁰⁴ *Ibídem* 589.

¹⁰⁵ Ismael Ferrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires: Abelardo – Perrot 2002) 383.

Parafraseando a Nicolás Granja Galindo, se puede extraer que el contrato no constituye una institución jurídica exclusiva del Derecho civil, pues también es perfectamente adaptado al Derecho laboral y al Derecho público, de este último aparece el contrato sometido al Derecho administrativo de cuyos elementos se diferencian de las otras especies de contratos pues su fin está vinculado al interés general, para lo cual gozan de un régimen jurídico propio¹⁰⁶.

El autor *ibídem* señala además que este tipo de instrumentos se celebran en ejercicio de la representación del poder público por parte del Estado, mientras que el contratista representa al interés privado quien comparece por acuerdo jurídico o por adhesión; el hecho de que el Estado represente el poder público, lo coloca en una especie de superioridad o ventaja que ejerce a través de las cláusulas exorbitantes, situación que hace que las partes en este tipo de contratos a diferencia de las otras especies no estén en igualdad de condiciones¹⁰⁷.

Marco Idrobo Arciniega, refiriéndose a la contratación administrativa en el Ecuador, sobre los contratos administrativos, señala:

El contrato entraña un acuerdo de voluntades distintas que confluyen para formar la voluntad común. El efecto de este acuerdo mutuo es el nacimiento de obligaciones y derechos correlativos de tipo jurídicos [...] En esta clase de contratos, siempre debe intervenir un órgano del Estado, independiente del lugar que ocupe, pero actuando en función administrativa; y, la otra parte puede ser un particular u otra persona jurídica estatal, que deciden celebrar el contrato. De modo que, dentro del género contrato, el administrativo constituye la especie¹⁰⁸

Herman Jaramillo Ordoñez efectuando un análisis sobre los contratos administrativos, establece:

El objeto de la contratación pública es la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios físicamente posibles, lícitos y morales; la causa es el motivo que induce a la administración contratar; y el fin, el bienestar público. De acuerdo con lo indicado el contrato administrativo es un eficaz instrumento jurídico que guía el desenvolvimiento de la acción estatal, institucional y seccional. Lo que caracteriza esencialmente al contrato administrativo es la vinculación con el interés general y el sometimiento a un régimen jurídico especial de Derecho público¹⁰⁹

¹⁰⁶ Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de derecho administrativo* (Quito: Universidad Central 1984) 324 – 327.

¹⁰⁷ *Ibídem*, p 327

¹⁰⁸ Marco Idrobo Arciniega, *La contratación administrativa en el Ecuador* (Quito: Editorial Época 1984) 38.

¹⁰⁹ Herman Jaramillo Ordoñez, *Manual de contratación pública* (Loja: Dep de publicaciones Universidad Nacional de Loja 1996) 3.

La afinidad en la formulación conceptual de los autores mencionados y la influencia en los autores ecuatorianos es clara, pues de forma relacionada entre ellos se puede señalar que doctrinariamente el contrato administrativo es aquella manifestación de la voluntad de la administración, construida a partir de relaciones bilaterales, en el cual, el Estado a través de sus instituciones actúa como parte pudiendo de otro lado aparecer un particular.

Para la formación de estos instrumentos debe observarse un procedimiento reglado que vierte en la celebración del contrato administrativo regulado por un régimen jurídico de Derecho público; una característica que se debe resaltar, es que el interés general está de por medio, de tal suerte que están en plena vigencia y aplicación aquellos principios propios de la administración pública, de lo cual además deviene, la existencia de las denominadas cláusulas exorbitantes¹¹⁰, las cuales ponen en una posición de preponderancia al Estado, frente al contratista, quien representa al interés privado y concurre a la celebración de estos instrumentos por adhesión a las cláusulas propuestas por la administración.

Ahora bien, en este punto es importante, resaltar que los conceptos que se han acogido en Ecuador, también se aprecian en el legislador ecuatoriano, toda vez que de la revisión de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su normativa conexas se puede señalar que se han recogido los criterios doctrinarios sobre los contratos administrativos pues esta norma prevé que los contratos que se celebren como consecuencia de los procedimientos allí previstos son de naturaleza administrativa¹¹¹, así como la potestad de imperio que ejerce el Estado a través de la obligación de rendir garantías en favor de la entidad contratante¹¹², e imponer sanciones ante eventuales incumplimientos a las estipulaciones contractuales por parte de los contratistas.

En concordancia con lo anotado, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, respecto de la contratación conforme al régimen común de las Empresas Públicas, señala:

¹¹⁰ En palabras de Pedro Lamprea Rodríguez, la cláusula exorbitante es aquella que rompe la relación de igualdad entre las partes, posibilitando al Estado de forma exclusiva, a tomar decisiones en su favor, sin que tenga de forma anterior el consentimiento de la otra parte. Es importante señalar que se denomina “exorbitante del derecho privado” ya que su estipulación en el marco de este Derecho resultaría insólita.

¹¹¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 60.

¹¹² *Ibidem*, Art. 73.

Art. 34.- Contratación en las Empresas Publicas. - [...] 2. REGIMEN COMUN. - Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables. [...]¹¹³

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con respecto a los contratos celebrados al amparo de dicha norma, establece:

Art. 60.- Carácter de los Contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos¹¹⁴

De su parte el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, define al contrato administrativo en los siguientes términos:

Art. 75.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. - Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables¹¹⁵

En el mismo sentido, la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas,¹¹⁶ prevé que todos los actos, hechos y contratos que se emitan en el marco de un procedimiento tendiente a la construcción de obra pública o infraestructura son de naturaleza administrativa; de esta forma, se garantiza la efectividad de los principios de la contratación pública, así como la existencia de cláusulas exorbitantes a través de las cuales el Estado hace ejercicio de su potestad de imperio frente al administrado, aportando especial énfasis en este tipo de contrato, que por su naturaleza están destinados a la satisfacción de necesidades colectivas.

Se puede advertir que por mandato legal los contratos de régimen común que celebren las empresas publicas ecuatorianas, están sujetos a los procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y su normativa conexas; en este sentido, aquellas contrataciones tendientes a satisfacer necesidades internas de las empresas públicas y que no estén vinculadas con su actividad empresarial, están sometidas a la Ley en referencia, estas contrataciones son aquellas necesarias para la

¹¹³ Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 34

¹¹⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 60

¹¹⁵ Ecuador. Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002. Art. 75

¹¹⁶ Ley Orgánica de Empresas Públicas, Disposición General Primera.

administración institucional, incluyendo pero sin limitar a la adquisición de materiales de oficina, la adecuación de sus instalaciones, las adquisiciones de vehículos, contratación de talleres, la contratación de servicios de seguridad, contratación de limpieza de sus instalaciones, así como la construcción de obra pública, en el caso de las empresas públicas cuya existencia radica en tal actividad, como se señaló en líneas anteriores.

Se colige que al momento en el que el Estado, y de forma particular las empresas públicas, efectúan contrataciones de bienes, obras o servicios en el marco de los procedimientos comunes previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para su funcionamiento administrativo, los contratos que se derivan de tales procedimientos son de naturaleza administrativa.

A criterio personal, considero sustancial que las empresas públicas estén sometidas a procedimientos comunes para las contrataciones que no afectan su capacidad empresarial, pues estas no merman su objeto de creación, de modo que no podría considerarse que reducen su acción al momento de entrar en competencia con la industria privada. Se debe agregar que estas contrataciones están alejadas de mecanismos discrecionales de selección, y más bien observan procedimientos reglados y regulados por el organismo rector del sistema de contratación pública en Ecuador, de tal suerte fomenta la participación de proveedores nacionales.

2.2 Actividad empresarial y contratos celebrados en el marco del giro específico del negocio

Analizadas que han sido tanto las empresas públicas, como los contratos administrativos que se celebran en estas entidades al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tanto desde un punto de vista doctrinario, así como también de las normativas legales vigentes sobre el tema; es oportuno efectuar un estudio tendiente a la determinación de la naturaleza de los contratos celebrados en el marco de la capacidad empresarial por parte de las empresas públicas, para lo cual, en primera instancia se describe el giro específico del negocio y la relación del mismo con el objeto de creación de los estos organismos, para cuyo efecto se tomó como referencia la tesis elaborada por Fabián Marcelo Jaramillo Villa¹¹⁷, del cual se pudo extraer criterios

¹¹⁷ Fabián Marcelo Jaramillo Villa, *Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar 2011) 120 – 124.

generales sobre esta parte del estudio, en los términos que se desarrolla en líneas siguientes.

2.2.1 El Giro específico del negocio de las empresas públicas.

Como se ha evidenciado en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, la doctrina tanto extranjera como ecuatoriana de forma análoga ha proporcionado los elementos teóricos para establecer que las empresas públicas son entidades del Estado cuyo fin es la ejecución de actividades de orden comercial en general, así como la prestación de servicios públicos, siendo de gran importancia insistir en este punto de la investigación que estos organismos para el cumplimiento de sus fines cuentan con prerrogativas que devienen en gozar de un régimen jurídico de contratación mixto, armonizando su actividad en unos casos regidas por el Derecho público, por una parte; así como por otra, estar sujetas a un régimen especial para el cumplimiento de sus fines empresariales en función de su objeto de creación.

Parafraseando a Juan De La Cruz Ferrer, desde un punto de vista amplio se entiende que la creación de una empresa responde a un objetivo a cuyo cumplimiento se destinan los mayores esfuerzos para que los factores de producción estén enfocados junto con sus recursos humanos, económicos, materiales, inmateriales, entre otros, para alcanzar la meta propuesta que da origen a la unidad empresarial¹¹⁸. El objetivo empresarial, debe entenderse entonces como la razón de ser de las empresas, el mecanismo para la consecución de los fines por los que se ha creado dicho organismo, y este debe estar claramente identificado en su instrumento de creación, en conformidad a lo establecido en la Ley de Compañías, la que señala que el “objeto de la compañía deberá ser concretado en forma clara en su contrato social¹¹⁹, el cual debe perseguir un fin lícito.

Como se ha establecido en el primer capítulo del presente trabajo, la creación de empresas públicas responde a objetivos claramente singularizados tanto en la Carta Magna como en la Ley que las regula, de cuyo objetivo se desprende la determinación de lo que corresponde al giro específico del negocio de las empresas públicas el cual es

¹¹⁸ Juan de la Cruz Ferrer, Apuntes de Derecho público económico, la intervención en la economía y en la empresa (Madrid: Dykinson 1992) 242

¹¹⁹ Ecuador. Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 05 de noviembre de 1999, Art. 3

subsumido a dichas normas, y llevado a cabo en función de la capacidad normativa de la que gozan las empresas públicas ecuatorianas; de tal suerte, el giro específico del negocio constituye la denominación que el legislador ecuatoriano utilizó para identificar las contrataciones que se efectúan en función del objetivo de creación de las empresas públicas, es decir, para aquellas enmarcadas en su actividad principal.

El giro específico del negocio establece y limita el ámbito de acción en el campo de la contratación pública, pues por mandato constitucional la creación de estos organismos debe circunscribirse en conformidad con el siguiente precepto constitucional: “Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas [...]”¹²⁰.

Milton M. analizando las contrataciones en conformidad a la capacidad empresarial de las empresas públicas ecuatorianas, señala:

El giro específico de negocio resulta en un mecanismo de contratación que rebasa y complementa el espectro de las formas de contrataciones del régimen común de las entidades estatales, y de las posibilidades de adquirir bienes obras y servicios para una E.P., inclusive traspasando aquellas modalidades originalmente estudiadas por la teoría del Derecho Administrativo¹²¹

Morales de forma concordante con la razón de ser de las empresas públicas señala con claridad que éstas en su actividad, superan las concepciones clásicas estudiadas en respecto de la contratación con el Estado, prevaleciendo la concepción empresarial para el logro de los fines u objetivos de creación, pues se ha constituido un régimen de contrataciones ligado al fin de creación de la empresa denominándolo como giro específico del negocio, instituyendo a su vez, un procedimiento privativo para éstas contrataciones, reconocido por el parlamentario en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como un régimen especial que se sujeta a normativa que bajo el principios de administración empresarial acuden para el cumplimiento del objetivo de

¹²⁰ Constitución de la República, Art. 313

¹²¹ Milton Morales, *Naturaleza jurídica de las contrataciones bajo el mecanismo de giro específico del negocio de bienes y servicios internacionales, utilizado por las empresas públicas en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar 2016) 72

creación de la empresa pública, el cual a su vez, es autorizado por el Servicio Nacional de Contratación Pública¹²².

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sobre el giro específico del negocio, establece:

Art. 104.- Giro específico del negocio. - Las contrataciones a cargo de las empresas referidas en el artículo anterior, relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General. Para el efecto, la máxima autoridad de las empresas o sus delegados, emitirán una resolución motivada en la que se determine taxativamente las contrataciones y el régimen legal aplicable [...] ¹²³

Se puede advertir la creación de un régimen especial y propio para las empresas públicas ecuatorianas por parte de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, atado al objeto de creación de estos organismos, superando inclusive la aplicación de los procedimientos previstos en dicho cuerpo legal, y subsumiendo los procesos de contratación por giro específico del negocio a la normativa específica que cada empresa desarrolle en conformidad a su industria o actividad que lleve a cabo por una parte, así como por modelos de negocio, prácticas comerciales y contratos mercantiles que fueren del caso; es decir, se ha trascendido a procedimientos caracterizados por prácticas y modelos gestión en congruencia con estándares internacionales de contratación, permitiendo de este modo que las empresas públicas incursionen en el campo privado, y que compitan con sus pares de capital no Estatal.

Para contar con una definición de una ley material respecto del giro específico del negocio, se menciona la conceptualización propuesta por el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública (hoy, SERCOP), exteriorizado en una resolución emitida en el ejercicio de su cargo, misma que actualmente no está vigente, y que sin embargo de ello se trae a colación en este documento por considerarla pertinente

¹²² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, “Art. 2.- Régimen Especial. - Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones: [...] 8. [...]El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley. La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director General o la directora del Servicio Nacional de Contratación Pública.”

¹²³ Ecuador. Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009

para dotar al lector del criterio técnico vertido por parte del organismo rector de la contratación pública en el Ecuador en un determinado momento, el cual, señaló:

Los procedimientos de contratación bajo régimen especial que llevan adelante las empresas señaladas en los artículos 1 numeral 8, parte final, numerales 8 y 9 y, 6 numeral 11 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son aquellos que están directamente relacionados con el giro de sus negocios, de acuerdo con el objeto de la entidad contratante que conste en la ley de creación, instrumento constitutivo, normativa sectorial, o regulatoria o estatuto social, según sea el caso¹²⁴

Se puede evidenciar que las normativas aplicables a este tipo de contrataciones han recogido concepciones doctrinarias y jurídicas que han sido expuestas en el presente trabajo y fundamentales para que los Estados puedan involucrarse en ciertas industrias a través de la institucionalidad de las empresas públicas, pues ilógico resultaría imaginar que se pretenda competir en un determinado mercado con la sola emisión de políticas de los órganos estatales; es en esta parte del fin empresarial donde las empresas públicas a través de su giro específico del negocio ejercen sus fines, respondiendo al objeto de creación gozando de esa dualidad de regímenes jurídicos a los que se refiere la doctrina, en los cuales se combina el Derecho público y el Derecho privado.

Se colige que para el eficaz cumplimiento del objeto de constitución de las empresas públicas; y, para que estos organismos cuenten con mecanismos que vayan a la par de la iniciativa privada, se creó un procedimiento especial denominado giro específico del negocio excluyendo de éste mecanismo de contratación empresarial los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su normativa conexa aplicables para contratación de régimen común, instituyendo un régimen que supera los mecanismos tradicionales de contratación con el Estado, permitiendo a la empresa pública desarrollar sus normativas propias¹²⁵, en conformidad a las necesidades y especificidades de cada industria, basándose en modelos de negocio internacionales, contratos societarios, y en general estándares de contratación regidos prácticas comerciales.

Estas prerrogativas son de vital importancia en la consecución de los fines de las empresas públicas, pues permite que su objetivo sea cumplido de forma eficaz, eficiente,

¹²⁴ Ecuador. Codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, emitido mediante Resolución No. 027-09, suscita por el Director Ejecutivo del referido Instituto el 31 de agosto de 2016. Art 4.

¹²⁵ Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 11 número 8

bajo estándares y modelos de gestión que permitan alojarse en la industria a la par de la iniciativa privada; no cabe pretender a una empresa pública vinculada al sector petrolero, que por sujetarse al procedimientos reglados de aplicación general en temas de contratación, resulte detenido su accionar por trámites burocráticos propios de los procedimientos de la actividad administrativa; o, deba efectuar procedimientos de licitación o subasta inversa, para adquisiciones o contrataciones de servicios especializados como los petroleros, considerando que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esta para reglar los procedimientos de contratación común del Estado.

Tanto la normativa específica, así como los modelos de negocio internacionales constituyen una base fundamental para el desarrollo de la actividad empresarial estatal, implementado por las prácticas comerciales de los mercados internacionales en función de la industria en la que se incursiona, agilitando los procesos y el acceso a bienes y servicios especializados que coadyuven al cumplimiento del objetivo de creación de las empresas públicas.

Como se ha indicado, estas actividades se denominan contrataciones por giro específico del negocio, debiendo insistir que son actividades estrictamente empresariales y que de forma indirecta coadyuvan al cumplimiento del fin público entendido este como la satisfacción de necesidades en beneficio del interés general mediante la generación de recursos económicos a partir de la actividad comercial, procedimientos fundamentales para que el Estado incursione en actividades industriales en competencia con el capital privado, actuando con los mismos estándares, agilidad y estrategias de mercado.

2.2.2 Calificación del giro específico del negocio, según el objeto de creación

Una vez estudiados los aspectos de la actividad comercial de las empresas públicas, se ha determinado que las contrataciones amparadas por el giro específico del negocio, se encuentran sujetos a prácticas y modelos de negocio regulados por el Derecho privado, resultando importante en este punto analizar el mecanismo administrativo, por el cual, las empresas públicas registran su actividad comercial ante el Servicio Nacional de Contratación Pública previo a habilitarse para efectuar las contrataciones regidas por el giro específico del negocio.

Para cuyo efecto es importante señalar que, de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, constituye un órgano técnico regulatorio que ejerce la rectoría del sistema nacional de contratación pública, con capacidad para emitir resoluciones que regulen la aplicación de la ley de la materia en los distintos procedimientos de contratación, lo cual dota al sistema de contratación pública de dinamismo el que se exterioriza a través de sus actos administrativos de carácter general los cuales se modifican y reforman en función de las necesidades de las entidades contratantes¹²⁶.

La emisión de las resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, son expedidas ante el dinámico sistema de compras públicas, a través de las cuales se establecen procedimientos reglados ante las necesidades que se van generando en el quehacer administrativo y ante las diversas situaciones jurídicas que se presentan en los procesos de contrataciones que se generan por la multiplicidad y particularidad en las necesidades de cada entidad del estatal.

Dicho organismo técnico, el 16 de septiembre de 2011, emitió las Normas Complementarias para la Determinación del Giro Especifico del Negocio¹²⁷ mismas que actualmente no están en vigencia, sin embargo se toman como referencia para conceptualizar el giro específico del negocio, y aportar al lector el criterio con el cual el Organismo Técnico lo ventiló en su momento, estas normas fueron emitidas con ámbito de aplicación general para todas las empresas públicas, subsidiarias, o personas jurídicas de derecho privado cuyo capital suscrito pertenezca al menos en 50% al Estado ecuatoriano, es decir compañías de economía mixta.

Del artículo 2 de la referida norma se puede extraer que el procedimiento para la determinación del giro específico del negocio fue uniforme para todas las empresas públicas, indistintamente de la determinación de su objeto de creación, además se puede advertir que fue un procedimiento sumario, que se estableció en los siguientes términos:

Todas las empresas públicas o personas jurídicas de derecho privado enunciadas en el número 8 del artículo 2 de la LOSNCP, deberán solicitar expresamente la determinación del giro específico del negocio al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, para lo cual detallarán y adjuntarán la siguiente información: **1.**

¹²⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 10.

¹²⁷ Ecuador. Normas Complementarias a la determinación del Giro Especifico del Negocio, expedido con resolución No. INCOP-051-2011 por el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública (hoy SERCOP) el 16 de septiembre de 2011. (derogada)

Documento suscrito por el representante legal en la que se solicite la determinación del giro específico del negocio de la empresa pública. 2. Copia certificada del acto o normativa legal de constitución en la que se verifique la razón social, objeto o actividad económica principal de la empresa pública [...] 3. Detalle de las contrataciones de bienes, obras, servicios incluidos las de consultoría, requeridas y relacionadas con el objeto social de la empresa pública, misma que deberán justificarse y relacionarse con el Clasificador Central de Productos CPC¹²⁸

Se denota que el SERCOP estableció como ya se indicó un procedimiento ágil, de presentación de documentos mínimos para que las empresas públicas puedan acceder a la determinación de las contrataciones que están inmersas en el giro específico del negocio, debiendo dejar sentado que dicho organismo por mandato de la ley de la materia, ejerce su rectoría y manejo en todas las actividades que se pueda derivar de la contratación con el Estado, incluyendo el giro específico del negocio, de tal suerte, sin la autorización o aprobación de la referida entidad, las empresas públicas no pueden actuar bajo ésta modalidad.

La normativa que está vigente a la fecha y que ha sido emitida en una suerte de codificación de las múltiples resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública es la Resolución No. 072¹²⁹, la cual desarrolla en su Capítulo III las Normas Complementarias para la determinación del Giro Específico del Negocio, de cuyo articulado se puede evidenciar que el procedimiento para la calificación del giro específico del negocio ha sido complementado respecto de la resolución descritas en líneas anteriores, señalando la forma en la cual se notificará a las empresas públicas las decisiones asumidas por el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, respecto de los pedidos que se formularen para de las calificaciones por parte de las diversas empresas públicas.

Se puede evidenciar que no existe mayor modificación ni en la determinación principal que se da respecto de lo que se entiende por giro específico del negocio pues se señala que este se enmarca “[...] de acuerdo con el objeto social de la entidad contratante que consta en la ley de creación, instrumento constitutivo, norma sectorial o regulatoria

¹²⁸ Ecuador. Normas Complementarias a la determinación del Giro Específico del Negocio, expedido con resolución No. INCOP-051-2011 por el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública (hoy SERCOP) el 16 de septiembre de 2011. (derogada) Art. 2.

¹²⁹ Ecuador. Codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, emitido mediante Resolución No. 027-09, suscita por el Director Ejecutivo del referido Instituto el 31 de agosto de 2016.

o estatuto social, según sea el caso [...]”¹³⁰ así tampoco se evidencia una reforma de los requisitos para obtener dicha calificación, manteniéndose los señalados en párrafos precedentes.

El hecho que el legislador haya dotado al organismo rector de la contratación pública en el país la capacidad de emitir normativas con alcance general, hace que estos procedimientos resulten en tramitaciones ágiles que evitan cualquier entorpecimiento administrativo para dicha calificación, siendo muy útil para las empresas públicas; pues ilógico resultaría imaginar que se haya creado todo un andamiaje de empresas públicas que incursionan en varios sectores fundadas en normativas propias con parámetros tendientes a una gestión ágil y eficiente, y que estas se vieran entorpecidas al momento de calificar su giro específico del negocio.

Al momento de expedir la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública el parlamentario concedió ciertos “privilegios o excepciones” a las empresas públicas que difieren en sus actividades y funciones de cualquier Cartera de Estado o institución pública adscrita; es así que el mismo ente rector de la contratación pública en el Ecuador, prevé necesaria la atribución para que sea la propia corporación la que sustentada en sus diversas atribuciones, competencias y fines solicite la determinación del giro específico del negocio en función de cómo ya se mencionó de la necesidad empresarial, que le permita contar con las características necesarias para competir en los mercados, con el solo cumplimiento de requisitos básicos, que no suponen mayor esfuerzo por parte de la empresa pública para cumplirlos.

Entre los requisitos que se prevé, se puede señalar que el más importante es el relacionado al acto o normativa legal de constitución, en el cual se podrá evidenciar cuál o cuáles serán sus actividades a ejecutar, lo cual limitaría que las empresas públicas se excedan y soliciten autorizaciones que no respondan a su naturaleza, todo esto tendiente a evitar que las contrataciones en el marco del giro específico del negocio se constituyan en un mecanismo de elusión de los procedimientos dinámicos para la contratación pública en el país.

En conformidad a lo señalado, se procede a analizar la determinación del giro específico del negocio de empresas públicas en Ecuador; así como también, la normatividad aplicable para dichos procedimientos de contratación.

¹³⁰ Ibídem, Art 425.

2.2.2.1 Calificación del giro específico del negocio en la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas (CASO DE ESTUDIO)

Para abordar de forma conceptual la determinación del giro específico del negocio de una empresa pública cuya función está destinada a la prestación de servicios públicos me remito a la Ordenanza Metropolitana No. 0309 sancionada el 19 de abril de 2010 por el Consejo del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito por la cual se creó la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, de cuyo artículo 2 se puede extraer el objeto de dicha Empresa, el cual prevé:

El objeto principal de la empresa pública metropolitana, es el siguiente: a) Diseñar, planificar, construir, mantener, operar y, en general, explotar la infraestructura de vías y espacio público; b) Diseñar, planificar, construir, mantener, operar y, en general, explotar todo tipo de infraestructura para movilidad; c) Diseñar, planificar, construir, mantener, operar y, en general, explotar la infraestructura del sistema de transporte terrestre; d) Diseñar, planificar, construir, mantener, operar y, en general, explotar el espacio público destinado a estacionamientos; e) Prestar servicios públicos a través de la infraestructura a su cargo¹³¹

Es evidente que en función del objeto de constitución estamos frente a una empresa pública cuya naturaleza es la prestación de servicios públicos¹³² entendida esta actividad conforme lo señala Marco Morales, quien concibe esta actividad como “toda actividad que se caracteriza por atender necesidades individuales de importancia colectiva prestados por el Estado, de manera permanente, material y sistemática, para alcanzar su finalidad de promover el bien común y el progreso social”¹³³

Ahora bien, para analizar la determinación que el Servicio de Contratación Pública efectuó a la empresa pública en referencia, me remito en primera instancia a los oficios Nos. 0541-GG y 515-GG-GAF-GJ-SG-DA-2017 de 29 de mayo de 2014 y 01 de marzo de 2017, respectivamente, mediante los cuales, el Gerente General de la época de la Empresa Pública en mención remitió al SERCOP el requerimiento de calificación de giro de negocio, del cual se puede extraer en su parte medular que la petición toma como base

¹³¹ Ordenanza Metropolitana No. 0309 sancionada el 19 de abril de 2010 por el Consejo del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

¹³² Constitución de la República del Ecuador, Art. 362.

¹³³ Marco Morales, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2011) 387.

primigenia para formular el requerimiento el objeto de constitución de la empresa, el cual se señaló en líneas precedentes. Seguidamente señala con precisión los diversos ítems del clasificador central de producto¹³⁴ “CPC” donde se detalla con exactitud cada bien que es de interés para la EPMMOP incluir en sus procesos de giro de negocio.

El Director General del Servicio de Contratación Pública SERCOP, con oficios Nos. SERCOP-DG-2014-0711-OF y SERCOP-SERCOP-2017-0692-OF de 18 de junio de 2014 y 18 de abril de 2017 respectivamente, efectuó la determinación del giro específico del negocio de la EPMMOP y posteriormente una reconsideración a dicha determinación, de cuya revisión se puede colegir que la determinación la emitió formulando un análisis tendiente a autorizar que las adquisiciones de bienes o contrataciones de servicios que se pueden efectuar en función del giro específico del negocio son únicamente aquellos que coadyuvan la ejecución de los fines empresariales por parte de la misma empresa pública; es decir, por citar un ejemplo, autoriza que se adquiera cemento asfáltico, pintura para vías, mezcla asfáltica, sin duda este tipo de materiales son indispensables para que la propia empresa pública a través de su fuerza trabajadora lleve a cabo sus cometidos.

Por su parte, los ítems que se han negado dentro de la determinación del giro específico del negocio del caso en referencia, se pueden deducir que son aquellos por los cuales, la empresa pública podría derivar o delegar la ejecución de actividades a contratistas, por ejemplo, el alquiler de equipo caminero, servicio de señalización vial, entre otros.

Se puede denotar el criterio técnico que los servidores públicos del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP asumen para llevar a cabo la determinación del giro específico del negocio de las empresas públicas, autorizando dicho procedimiento únicamente para la adquisición de bienes o contratación de servicios que de forma directa se relacionen con los cometidos empresariales, de modo que sea la propia empresa pública a través de su mano de obra la que ejecute las actividades; evitando de esta forma que se aplique el mecanismo de giro específico del negocio en contrataciones indirectas en las

¹³⁴ CPC “Clasificación Nacional Central de Productos” tiene su respaldo y sustento técnico en las recomendaciones de Naciones Unidas y permite clasificar los productos (bienes y servicios) asignando un código único independiente a cada uno de ellos. Para registrarse con Proveedor del Estado, toda persona natural o jurídica debe categorizarse utilizando este clasificador a nivel de 5 dígitos. Esto significa que podrá proveer al Estado de los productos (bienes y servicios) contenidos en estos códigos, los mismos que requieren ser respaldados por las actividades económicas señaladas en el Registro Único de Contribuyentes.

cuales la empresa pública actúe como mero contratante, asumiéndose una suerte de elusión de los procedimientos de adquisición de bienes o contratación de servicios previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el marco procedimental del giro específico del negocio, es de señalar también que la máxima autoridad de las empresas públicas es la que goza de la capacidad legal para expedir las normativas internas necesarias para la marcha efectiva de la empresa pública, entre ellos el reglamento para las contrataciones por giro específico del negocio, el cual está publicado en el portal web de la referida Empresa.

De dicho cuerpo normativo se puede extraer que los procesos de contratación por giro específico del negocio son sumarios y evitan cualquier tipo de entorpecimiento burocrático, esto no quiere decir que se eludan procedimientos de transparencia, publicación y concurso de mejor precio, de esta forma con un proceso ágil que básicamente consiste en la presentación de tres cotizaciones y una negociación para mejorar costos con la cotización más baja, llevan a la celebración de un contrato siempre que la cuantía supere los cien mil dólares de Estados Unidos de América, en caso de ser inferior a dicho monto se procede únicamente con la celebración de una orden de contratación que hace las veces de contrato y que recoge los aspectos fundamentales como el objeto, plazos, precio, forma de pago, multas y especificaciones técnicas del bien que se adquiere.

Debe agregarse que el área requirente es la que se encarga de determinar los presupuestos referenciales, así como las especificaciones técnicas de los bienes o los términos de referencia en caso de ser la contratación de servicios.

Se puede colegir que la función de la empresa pública particularmente en la prestación de servicios públicos en el Ecuador es de vital importancia pues en función del modelo de Estado ecuatoriano, el cual se guarda para sí ciertas actividades que usualmente serian delegadas a la iniciativa privada, las empresas públicas gozan de gran influencia en los sectores que intervienen, denotándose además que las prerrogativas de las que gozan estas corporaciones generan un beneficio que se traduce a eficacia y eficiencia en la dotación de servicios públicos por parte del Estado, pues al contar con procedimientos ágiles para la adquisición de materiales que coadyuvan a la consecución de sus fines, se entiende que los servicios públicos llegan al usuario de forma oportuna y a un mejor costo que el que podría hacer una empresa privada.

2.2.3 Naturaleza jurídica de los contratos celebrados en el marco del giro del negocio

Una vez que se ha establecido que el giro específico del negocio de las empresas públicas, está vinculado de forma directa con su objeto de creación y para cuyo ejercicio pleno de tal actividad se creó un régimen jurídico de contratación especial que rebasa las teorizaciones propias de las entidades públicas, gozando de prerrogativas que inclusive superan los procedimientos clásicos de contratación con el Estado ecuatoriano previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su normativa conexas, se debe analizar los elementos jurídicos que revisten los contratos que se celebran por parte de las empresas públicas en el marco de su capacidad empresarial, en aplicación de normativas específicas emitidas por las propias empresas públicas, modelos de negocio internacionales y otras formas de vinculación desde un punto de vista que fomenta la competencia empresarial.

Seguidamente, se efectúa un análisis doctrinario y jurídico con el apoyo de un caso de análisis de un contrato celebrado por una empresa pública; esto permitirá establecer la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las empresas públicas en el marco de su objeto de creación o giro específico del negocio, en concordancia con ello, es importante aportar el criterio de Gabino Fraga y Miguel Fraga, respecto de la dualidad de regímenes jurídicos en las empresas públicas, quienes señalan:

El derecho privado se aplicará al Estado cuando los actos que éste verifique no se vinculen estrecha y necesariamente con el cumplimiento de sus atribuciones y cuando, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial. Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo¹³⁵

El autor referido, distingue el régimen jurídico aplicable cuando está de por medio el cumplimiento de las atribuciones estatales, que en palabras de Efraín Pérez constituye la “promoción del desarrollo sustentable del país, lo que incluye el suministro universal

¹³⁵ Gabino Fraga, & Miguel Fraga, *Derecho administrativo*, Vol. 40, (México: Editorial Porrúa, 2000) 402

de los servicios básicos de salud y educación, además de la tradicional competencia para la construcción y mantenimiento de obras públicas”¹³⁶ es decir cuando el interés general de forma directa está de por medio, es cuando se está en campo dominado por el Derecho administrativo y por ende del contrato administrativo, pues de este modo, el Estado no descarta la posibilidad de incluir cláusulas exorbitantes y ejercer de esta forma imperio frente al particular.

De otro lado, cuando las actividades se alejan de las atribuciones propias del Estado que para Roberto Dromi constituyen el “conjunto de condiciones sociales que permiten y favorecen el desarrollo integral de las personalidades”¹³⁷ la posibilidad de aplicación del Derecho privado, está en plena vigencia; por citar un ejemplo, el ejercicio de la actividad empresarial estatal ecuatoriana como la comercialización de hidrocarburos, minerales, entre otros recursos del Estado, al no tener una relación directa con el interés general; sino más bien, al ser un mecanismo generador de riqueza que contribuye a una actividad principal del Estado está sujeta a normativa que supera el campo administrativo, pues más bien se enmarca en un proceso lucrativo del Estado que se rige por normas y estándares internacionales de comercialización, convirtiendo al Estado en un competidor más en la industria, como en el supuesto enunciado, la de los recursos naturales.

Se desprende de lo mencionado que la doctrina establece que una de las cuestiones que permiten la incursión del Estado en actividades empresariales regidas por el Derecho privado, es que éstas actividades no interfieran el interés general de los ciudadanos. Siendo necesario en este punto establecer de forma general una conceptualización de interés general, el cual será abordado brevemente, sin que haya el propósito en efectuar una incursión profunda en dicho tema.

Alfonso Luciano Parejo, haciendo un análisis de los servicios públicos y su vinculación directa con el interés general, señala:

¹³⁶ Efraín Pérez, *Manual de derecho administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008) 5.

¹³⁷ Parafraseando a Roberto Dromi (2009), El bien común constituye la causa orientadora del Estado, agregando que “es un conjunto de condiciones sociales que permiten y favorecen el desarrollo integral de las personalidades”. Constituyen el conjunto de acciones por las cuales el Estado coadyuva al desenvolvimiento intelectual, moral y cultural del hombre, no se desarrolla como un bien particular sino social de interés para todos, estos son acogidos por cada Estado e incluidos como normas constitucionales basándose en la igualdad de acceder a estas condiciones que se traducen en servicios públicos.

El interés general es, así, el elemento explicativo y justificativo del entero servicio público, en tanto que legitima y determina la intervención, de diverso alcance y siempre conforme con el orden constitucional-comunitario europeo, del poder público y, por tanto, la organización de la referida satisfacción de la necesidad colectiva; la forma de provisión o prestación de los bienes o servicios; y, por tanto, el régimen jurídico exorbitante del común que sea preciso (en términos del principio de proporcionalidad) para asegurar la continuidad, regularidad, calidad y adecuación al progreso técnico de tales provisión o prestación, así como el acceso a ellas en igualdad de condiciones y a precio asequible a todos los ciudadanos¹³⁸

Se puede advertir que para el Autor *ibídem*, el interés general guarda una estrecha relación con la prestación de servicios públicos, actividades fundamentales de intervención estatal en la sociedad, las cuales están enfocadas en satisfacer la necesidad colectiva, entendido que de este modo el interés general de la sociedad es efectivamente satisfecho, lográndose en función de las características de generalidad, continuidad, calidad, universalidad, entre otros, concurren para que el servicio dotado de forma equitativa.

De su parte Jaime Rodríguez Arana, con relación al interés general señala:

Es la expresión de la voluntad general, que confiere al Estado la suprema tarea de atender el bien de todos y cada uno de los ciudadanos. Bien de todos y cada uno de los ciudadanos que se refiere a aspectos tan materiales y concretos como la educación, la sanidad, la seguridad¹³⁹

La concordancia doctrinaria plasmada por los referidos autores en lo referente al interés general es evidente, pues ambos la atan con la prestación de servicios públicos, es decir, desde una arista doctrinaria que se ha señalado, una correcta actividad prestacional del Estado necesariamente deviene en la satisfacción de necesidades de interés colectivo traducidas a un adecuado transporte público, apropiado sistema de salud pública, una óptima educación pública, entre otros.

Las enunciaciones doctrinarias descritas, aportan los elementos para conceptualizar al interés general como el conjunto de acciones sociales fundamentales que el Estado dota a la sociedad a través de la actividad prestacional, por la cual, el Estado ejerce su responsabilidad frente al ciudadano otorgando los servicios necesarios para el

¹³⁸ Alfonso Luciano Parejo, *Servicios públicos y servicios de interés general. La renovada actualidad de los primeros* (Revista de derecho de la Unión Europea 1.7 2008) 67-68

¹³⁹ Jaime Rodríguez Arana, *El interés general en el derecho administrativo*, revista publicada en www.juridicas.unam.mx, Pág. 72

desarrollo de la sociedad de forma equitativa y justa, los cuales por su trascendencia se constituyen a su vez como una cuestión de beneficio colectivo, es decir que concierne a la mayoría de la población y que no se limita al amparo individual.

De esta forma, el acceso al goce de estos servicios es de la generalidad de los ciudadanos, pues satisface necesidades fundamentales en función de las siguientes características propuestas, entre otros, por el profesor Marco Morales: permanente, es decir sin interrupciones; universal, pues abarca para toda la ciudadanía; oportuna, esto es en el momento exacto que concurre la necesidad social no de forma posterior, todos estos elementos en su conjunto caracterizan la prestación de un servicio público¹⁴⁰.

Se colige que el interés general deviene de un estado de satisfacción de necesidades básicas de la población, por citar algunos de ellos, la prestación del servicio de salud, la educación, la seguridad, la construcción de obra pública, entre otras actividades, en las cuales el Estado no puede perder su potestad de imperio¹⁴¹ frente a los colaboradores que suscriben contratos para la provisión de bienes, construcción de obras vinculadas de forma directa a la consecución de tales fines.

Ahora bien, retomando el tema principal que se analiza, conforme se desprende del análisis formulado en líneas anteriores se debe señalar que los contratos regidos por el Derecho privado en las entidades del Estado, para el caso que nos ocupa de las empresas públicas es pertinente siempre que no se vinculen de forma directa con el interés general, esto es, cuando la prestación de servicios públicos como la salud, educación, agua potable, la obra pública, entre otras, no esté en riesgo por el hecho de ceder las condiciones exorbitantes propias del contrato administrativo.

En este punto es importante mencionar a Juan Carlos Cassagne, quien en estas modalidades de contratación del Estado, sugiere la existencia de contratos regidos por el Derecho privado, cuando se incursiona en la actividad industrial o comercial señalando lo que sigue:

La administración pública solía acudir a esta clase de contratación cuando realizaba una actividad industrial o comercial, tal como sucedida con las denominadas empresas del

¹⁴⁰ Marco Morales, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2011) 385 – 392

¹⁴¹ La Ley Orgánica de Empresas Públicas, en su Disposición General Primera ha establecido que: “los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, son de naturaleza administrativa” de este modo el Estado ejerce su potestad de imperio frente a los particulares cuando evidentemente el interés general está de por medio, mediante la construcción de infraestructura, pues tiene vínculo directo con las atribuciones del Estado encaminadas a la satisfacción de necesidades sociales.

Estado, en cuya legislación se establecía que la respectiva actividad se hallaba sometida al derecho privado en todo lo relativo a sus actividades específicas. Así, cuando estas empresas actuaban en el mercado utilizando las técnicas de la contratación privada, se aplicaba el derecho civil o comercial¹⁴²

Al respecto se debe indicar que la aplicación de técnicas y modelos de negocio para la estipulación del contrato cuando existe una actividad industrial o comercial basada en el Derecho privado, constituye una prerrogativa que le permite contar con elementos jurídicos que coadyuvan a la competencia con la iniciativa privada en igualdad de condiciones, lo cual se considera pertinente, pues permite una administración directa del Estado en la comercialización de su riqueza, gozando de mecanismos que lo hacen ágil en su gestión empresarial, posibilitando al Estado contar con técnicas de ventas y comercialización de reconocida aceptación internacional propias de la industria según en la que se incursione, todo ello tendiente a alimentar los erarios fiscales para la consecución de los fines públicos, los cuales se benefician de forma indirecta de la actividad comercial estatal.

Los criterios enunciados han sido acogidos por autores ecuatorianos como Patricio Secaira, quien señala que las empresas públicas cuentan con una finalidad específica, para lo cual el autor agrega que gozan de un régimen jurídico mixto entre el Derecho público y el privado, y para el cumplimiento de sus objetivos gozan de prerrogativas en cuanto a los procesos de contratación.¹⁴³

Criterio doctrinario que se encuentra en concordancia con lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual prevé:

Régimen Especial. - Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones: [...] 8. [...] El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley¹⁴⁴

¹⁴² Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, 2da edición (Buenos Aires: Abelardo Perrot 2005) 39-40

¹⁴³ Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, (Quito: Editorial Universitaria, 2004) 113

¹⁴⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 2.

Normativa y doctrinariamente, se puede advertir que el régimen administrativo es pertinente y de observancia obligatoria en aquellos procesos de contratación sujetos a un procedimiento común, es decir aquellas que no interfieren la capacidad empresarial, necesarias exclusivamente para la administración institucional; incluidos los contratos que se celebren para la construcción de obra pública,¹⁴⁵ como se señaló en líneas anteriores.

Por su parte se puede anotar la actividad empresarial es la que va de la mano con el Derecho privado, es decir en el cumplimiento del objeto para el cual se hubiere creado la empresa pública y en cuyo ámbito de acción existe competencia de proveedores, por tal, la necesidad de aplicar estándares privados o modelos de negocio en función de la industria en la cual se desenvuelve, actividades a las cuales la normativa se refiere como el giro específico del negocio.

Dentro de los procedimientos o relaciones que derivan en la suscripción de contratos bajo un régimen de Derecho privado, encontramos aquellos que se celebran como consecuencia de relaciones internacionales o interestatales, los cuales esta regulados por las normas y prácticas comerciales de cada tipo de industria; en palabras de Ismael Ferrando refiriéndose a los contratos que se han apartado del Derecho público señala que se: “Ha excluido por la naturaleza del sujeto contratante los contratos que se celebren con Estados extranjeros o con entidades de derecho público internacional o con instituciones multilaterales de crédito¹⁴⁶.

Se reitera la influencia de autores extranjeros en este caso en el legislador ecuatoriano, pues en plena concordancia con lo anotado en el párrafo que antecede la Ley Orgánica de Empresas Públicas ecuatoriana, en su artículo 34 número 3 señala que las contrataciones de las empresas públicas sujetas al régimen especial, para el caso que hubieren suscrito convenios asociativos con sus pares, será éste instrumento el que determine los procedimientos de contratación y la normativa aplicable; y, en lo no previsto en tales instrumentos se observe las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁴⁷, convirtiéndose la Ley *Ibidem*, en norma supletoria para estas contrataciones.

¹⁴⁵ Ley Orgánica de Empresas Públicas, Disposición General Primera.

¹⁴⁶ Ismael Ferrando, *Contratos Administrativos*, (Buenos Aires: Abelardo – Perrot 2002) 25

¹⁴⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 34, número 3.

La prerrogativa de la que gozan las empresas públicas para determinar los mecanismos a observarse para las contrataciones vinculadas al giro específico del negocio, así como la de determinar la normativa en los casos de contrataciones con la comunidad internacional no constituye un mecanismo de omisión a la Ley de la materia, sino está vinculado de forma directa con la posibilidad de aplicar procedimientos ágiles, basados en criterios empresariales¹⁴⁸ incursionando en procesos sujetos a un régimen particular y propio sujetos en el Derecho privado y en las buenas prácticas de contratación generalmente aceptadas en las industrias internacionales.

Se evidencia la concordancia que existe tanto entre la doctrina con el pensamiento del parlamentario ecuatoriano, pues la apertura normativa para que las empresas públicas actúen y apliquen criterios empresariales para coadyuvar a la consecución de sus fines, descende en la prerrogativa prevista en líneas precedentes con la posibilidad de contratar de forma directa con empresas públicas de la comunidad internacional, por una parte, así como por otra a través de procesos de contrataciones en el marco del giro específico del negocio observando normas internacionales en función de la industria o modelos de negocio específicos.

En función de los criterios doctrinarios que se han mencionado en concordancia con las leyes aplicables, es evidente que toda vez que el régimen especial se aplica de forma exclusiva para aquellas contrataciones vinculadas en la actividad empresarial, y en vista de las prerrogativas propias para estas entidades analizadas en el capítulo precedente, los contratos que se celebran en el marco de su actividad empresarial, están revestidos de parámetros empresariales y sujetos a la normatividad del Derecho privado, con la única excepción de los contratos celebrados para la obra pública¹⁴⁹.

Otra forma de vinculación amparada en el Derecho privado por parte de las empresas públicas las explica Marcelo Jaramillo, quien señala que existe un dualismo que las empresas públicas distinguen en su régimen contractual, agregando lo que sigue:

Por un lado están subordinados al derecho público en los casos de adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras para el cumplimiento de su objeto social, y por otro sus actos o negocios jurídicos también pueden estar sometidos al derecho privado como cuando ofertan bienes o servicios a particulares tal es el caso de las

¹⁴⁸ *Ibíd*em, Art. 2, número 5.

¹⁴⁹ *Ibíd*em, Disposición General Primera: “Naturaleza de los actos, hechos y contratos de las empresas públicas. - Los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, son de naturaleza administrativa”.

empresas cementeras, la empresa de correos, la empresa de transporte de pasajeros o la empresas que prestan el servicio de entrega de correspondencia o de carga, en estos casos los ciudadanos en general contratan servicios a una empresa pública que en competencia con otras empresas privadas se somete a las reglas del mercado, donde domina el derecho privado¹⁵⁰

Se denota una forma de vinculación del organismo público con el particular en cuyo caso la Empresa Pública es la contratada y esta a su vez actúa desde un punto de vista estrictamente empresarial, observando modelos de negocio según la actividad comercial o industrial, ya que existen empresas de Derecho privado que también prestan este tipo de servicios, de tal suerte, éstos deben estar enmarcados en la agilidad, eficacia y eficiencia que demanda la competencia en los mercados.

Es indudable que contar con parámetros enmarcados en la celeridad es de vital importancia para la subsistencia de este tipo de organismos públicos, pues de no contar con la posibilidad de aplicar estándares empresariales, su existencia no tendría sentido y estas actividades fuesen exclusivas para la iniciativa privada.

Parafraseando a Alberto Ureba, se debe agregar que el poder público no ejerce una suerte de desplazamiento a la iniciativa privada, a través de las empresas públicas, sino por el contrario se constituye en una competencia económica, para captar los espacios comerciales¹⁵¹; de lo cual, se puede colegir que esta dualidad de regímenes jurídicos es de gran importancia, pues aporta los elementos jurídicos necesarios para que el Estado a través de sus empresas, sin dejar de lado principios que rigen la administración pública¹⁵² como la planificación, la transparencia, la evaluación, el control, entre otros, intervenga de forma directa en la actividades comerciales y lleve a cabo su actividad en igualdad respecto de empresas de capital privado, cuanto más en actividades vinculadas a los sectores estratégicos,¹⁵³ igualdad de condiciones que se traslada a igual acceso a formas

¹⁵⁰ Fabián Marcelo Jaramillo Villa, *Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar 2011)124

¹⁵¹ Alberto Ureba, *La Empresa Pública, aspectos jurídico- constitucionales y de Derecho económico* (Madrid: Montecorvo S.A. 1985) 136

¹⁵² Constitución de la República, Art. 227

¹⁵³ Constitución de la República, “Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”.

contractuales basadas en el Derecho privado que aportan eficacia y eficiencia en la actividad comercial del Estado.

Se evidencia de lo expuesto que la aplicación de dos regímenes jurídicos en el Estado, tiene como soporte estudios doctrinarios, revelándose una evolución de los conceptos clásicos de la administración de la cosa pública, pues bajo estos parámetros se procura la intervención estatal en actividades gobernadas por el Derecho privado siempre que la actividad no se vincule de forma directa con la actividad prestacional del Estado, superando los procedimientos propios de la administración de la cosa pública incursionando en actividades que por lo general han estado a cargo de la iniciativa privada.

De dicha dualidad jurídica, en lo referente a la contratación amparada en modelos de negocio y estándares de contratación regidas por el Derecho privado, constituye una prerrogativa que admiten que el Estado a través de las empresas públicas observen procedimientos de contrataciones regidos por normativas especiales, modelos de negocio internacionales, así como recurra a técnicas de negociación propias de la iniciativa privada; de lo cual, deviene que los instrumentos contractuales, celebrados en el marco de dicho procedimientos especiales, evidentemente estén regidos por las normas que se observaron para la formación de la voluntad contractual, lo cual vierte en que los contratos celebrados en el marco del giro específico del negocio de las empresas públicas estén regidos por el Derecho privado, de tal suerte sean contratos de naturaleza civil, posibilidad exclusiva de la actividad empresarial, como se ha indicado a lo largo del presente trabajo de investigación.

Es importante mencionar que la construcción de las estipulaciones de estos contratos no está sujeto a modelos o contratos tipo, como es el caso de los contratos celebrados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es decir que el contratista no esta capacidad legal de modificar las condiciones propuestas por el Estado; sino más bien, las estipulaciones contractuales en el campo del giro específico del negocio, son modificables y negociables en función de los intereses empresariales de los que concurren a su celebración, donde se valoraran las condiciones contractuales, así como los modelos de negocio según la industria, como se verá en el caso práctico que consecutivamente se menciona.

2.2.3.1 Contrato celebrado al amparo del giro específico del negocio de la empresa pública PETROAMAZONAS EP (CASO DE ESTUDIO)

Lo mencionado en líneas anteriores, se soporta con el siguiente caso de estudio de un contrato celebrado por PETROAMAZONAS EP, en cuya construcción de estipulaciones se establece el régimen jurídico aplicable con precisión; para cuyo efecto, en primera instancia es imperante señalar que la empresa pública referida es una entidad gubernamental destinada a la gestión de las actividades asumidas por el Estado en el sector estratégico de los hidrocarburos y sustancias que los acompañan, en las fases de exploración y explotación¹⁵⁴ de modo que además de estar sometida sus actividades a las contrataciones por giro específico del negocio para llevar el cumplimiento de su objeto de creación, está sujeta al procedimiento de contratación de sectores estratégicos previsto en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁵⁵, el cual remite al Presidente de la República a emitir una normativa de contrataciones, mismo que está previsto de forma sucinta en el artículo 7 del Decreto Ejecutivo No. 314 publicado en el suplemento del registro oficial No. 171 de 14 de abril de 2010, que establece:

Los sistemas de contratación de PETROAMAZONAS EP se someterán a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con excepción de las actividades de exploración y explotación de recursos hidrocarburíferos que se regirán por la normativa prevista en la Ley de Hidrocarburos, su reglamentación y demás disposiciones aplicables en esta materia que se declaran vigentes y de plena eficacia. Tales sistemas de contratación también se podrán regir por la normativa que expida en lo futuro PETROAMAZONAS EP, facultándose a su Directorio a realizar las reformas que considere pertinentes a los reglamentos vigentes¹⁵⁶

Se evidencia la existencia de una delegación al Directorio de la Empresa Pública en mención, el cual a su vez está integrado, entre otros, por un delegado del Presidente de la República¹⁵⁷, para que emita las normativas necesarias para las contrataciones

¹⁵⁴ Ecuador. Decreto Ejecutivo No. 314 publicado en el suplemento del registro oficial No. 171 de 14 de abril de 2010. Art 2.

¹⁵⁵ Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art 106.

¹⁵⁶ Ecuador. Decreto Ejecutivo No. 314 publicado en el suplemento del registro oficial No. 171 de 14 de abril de 2010.

¹⁵⁷ *Ibidem*, “Art. 4.- La Dirección y Administración de PETROAMAZONAS EP se regirá por las disposiciones del Título III de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Su Directorio estará integrado por: 1. El Ministro de Recursos Naturales no Renovables o su delegado o delegada permanente, quien lo

tendientes al objeto institucional de dicha entidad, cuyo Órgano Colegiado en sesión de 27 de noviembre de 2015¹⁵⁸ emitió la “Normativa aplicable a los procedimientos para contrataciones de actividades de exploración y explotación de recursos hidrocarburíferos de PETROAMAZONAS EP”.

El acto normativo en mención prevé una serie de procedimientos para las contrataciones de bienes y servicios tendientes a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, mismo que proporciona agilidad a los procedimientos de contratación de la Empresa Pública en referencia, así como se puede evidenciar una serie de formas similares a las previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en una suerte de reproducción de normativas y procedimientos ya existentes en la ley supletoria a los procesos de giro específico del negocio,¹⁵⁹ siendo importante resaltar la obligatoriedad de incorporar en los contratos cláusulas exorbitantes¹⁶⁰, muy propias de la administración pública, esto a pesar de la naturaleza y la normativa aplicable a las contrataciones, lo cual se prevé de forma expresa en los respectivos contratos.

De otro lado, se tomó conocimiento de un contrato celebrado por PETROAMAZONAS EP para la adquisición de tubería¹⁶¹ para ser utilizado en la actividad petrolera, al amparo de la referida norma, en primera instancia resalta que el formato de dicho instrumento no se ajusta a los modelos de contratos propuestos por el Servicio Nacional de Contratación Pública, es decir, la empresa pública aplica un formato propio, incluyendo cláusulas inherentes a la protección ambiental de la zona de influencia, sin dejar de lado al estipulación de cláusulas exorbitantes, como la aplicación de multas,

presidirá. 2. El Secretario Nacional de Planificación o su delegado o delegada permanente. 3. Un miembro designado por el Presidente Constitucional de la República, [...]”.

¹⁵⁸ Esta información es tomada del Decreto de creación de PETROAMAZONAS EP, en la parte considerativa.

¹⁵⁹ Normativa aplicable a los Procedimientos para contrataciones de actividades de exploración y explotación de recursos hidrocarburíferos de PETROAMAZONAS EP 4.26. APLICACIÓN DE OTRAS NORMAS Únicamente, y siempre y cuando no exista conflicto con esta Normativa, podrá aplicarse la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, así como las Resoluciones emitidas por el SERCOP. Además, para la aplicación de esta Normativa se observará las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos.

¹⁶⁰ Se prevé la terminación unilateral con los efectos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la declaratoria de contratista incumplido, de adjudicatario fallido, la aplicación de multas con un mínimo del 2X1000.

¹⁶¹ Contrato celebrado por PETROAMAZONAS EP el 08 de marzo de 2012 para la adquisición de tubería para ser utilizado en la actividad petrolera, mediante giro específico del negocio.

terminación unilateral del contrato con las consecuencias propias de tal decisión, a través de las cuales se ejerce la potestad de imperio frente al particular o administrado.

En el desarrollo de estipulaciones contractuales del contrato en referencia es de resaltar la cláusula vigésimo séptima, la cual estipula: “Los términos del contrato deben interpretarse en su sentido literal, en el contexto del mismo, y cuyo objetivo revela claramente la intención de las PARTES. En todo caso la interpretación sigue las siguientes normas: [...] En todo caso, las PARTES se remiten a las disposiciones del Título XIII del Libro Cuarto, de la Codificación del Código Civil Ecuatoriano”¹⁶².

Así como también la cláusula trigésima, la cual sobre la naturaleza del contrato pacta: [...] La naturaleza de este Contrato no es administrativa, por lo que no se someterá a las normas de carácter administrativo previstas en la legislación ecuatoriana, ni a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni su Reglamento, ni demás normas del Derecho Administrativo aplicables¹⁶³.

De lo referido en líneas precedentes, se puede evidenciar que en definitiva la Empresa Pública PETROAMAZONAS EP en sus contratos celebrados en el marco de su actividad empresarial en función de su giro específico del negocio, recoge los preceptos doctrinarios y legales, que han constituido la razón de ser de las empresas públicas; es decir, la capacidad de llevar a cabo sus acciones con apego al campo privado, todo esto tendiente a alcanzar eficacia y eficiencia en el sector en el cual desarrolla sus actividades, alejándose de normativas que por su naturaleza prevén procesos burocráticos en la administración de las entidades del Estado.

Debo enfatizar para conocimiento de los lectores que las empresas públicas cuyo objeto de constitución está destinado a la administración de los sectores estratégicos¹⁶⁴ como el caso de PETROAMAZONAS EP deben llevar a cabo sus actividades en un campo altamente especializado como es el sector petrolero, por lo cual debe encontrar los mecanismos necesarios para hacer de su actividad altamente eficiente y en estricto

¹⁶² *Ibíd*em

¹⁶³ *Ibíd*em

¹⁶⁴ Constitución de la República del Ecuador, “Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”.

beneficio de las arcas estatales aplicando procedimientos de la industria, los cuales son reconocidos e implementados por las entidades de naturaleza privada vinculadas al sector, pues evidentemente, estas están en plena competencia con las empresa pública, situación que hace más compleja y competitiva su administración.

Imaginar una empresa pública sin la capacidad legal de aplicar este tipo de procedimientos especiales, sería involución de la actividad pública, pues se estaría negando al Estado cualquier tipo cualquier tipo de injerencia en los sectores productivos o comerciales, pues ilógico sería imaginar una empresa pública aplicando procesos de régimen común para una actividad como la petrolera, la minera y otras, donde predomina la competencia y los estándares internacionales de eficiencia y eficacia, tanto ambientales como productivos.

2.3 Consecuencias procesales de la definición de la naturaleza de los contratos celebrados por las empresas públicas en el marco del giro específico del negocio

Analizada que ha sido la capacidad empresarial de las empresas públicas, así como lo que comprende el giro específico del negocio desde un punto de vista doctrinario, normativo, así como con el apoyo de un caso práctico, puede evidenciar los principios normativos y comerciales aplicados en la construcción de las estipulaciones contractuales establecidas en contratos celebrados en el marco de la capacidad empresarial de una empresa pública, cuyo objetivo de creación está vinculado al sector petrolero.

Ahora bien, es imperante efectuar un análisis jurisprudencial de las condiciones en las cuales se sustancian procesalmente las divergencias que se suscitan en la ejecución de contratos regidos por normativas especiales, modelos de negocio o contratos mercantiles, en los cuales es parte el Estado; para cuyo efecto, se menciona a Alfredo Islas Colín, quien efectúa un análisis de la sentencia denominada “Caso Blanco” de 1873, señalando que la misma es considerada como la “piedra angular del derecho administrativo francés” ya que en esta se estableció¹⁶⁵ un régimen especial y propio para los casos en los cuales el Estado intervenga.

¹⁶⁵ Alfredo Islas Colín, El servicio público en el derecho francés, biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM <http://www.juridicas.unam.mx/> Pág. 279

Seguidamente, Alfredo Islas efectúa una reseña de dicha sentencia, siendo importante traer a colación a manera de parafraseo como sigue en líneas siguientes:

Se trata de un fallo a un caso recurrido por el padre de una niña la cual fue víctima de un accidente con una máquina de una empresa estatal, demandando civilmente al Estado por los daños causados a su hija; dicha causa, fue remitida al Tribunal de Conflictos a fin de que determine la competencia del órgano jurisdiccional competente para conocer el caso, resultando el siguiente análisis en la sentencia:

Considerando que la responsabilidad de la que incumbe al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de personas que se emplean en el servicio público no puede regirse por los principios determinados en el código civil, para las relaciones de particular a particular;

Que esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta; que esta responsabilidad tiene sus reglas especiales, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados;

Que por lo tanto, en los términos de las leyes citadas, la autoridad administrativa es la única competente para conocer¹⁶⁶

Se puede extraer el análisis efectuado por el Tribunal de Conflictos de la época, donde de forma razonada motiva su decisión y separa las competencias de orden civil de las cuestiones de resolver en las cuales el Estado a través de sus organismos actúa como parte, estableciendo que no son los mismos principios los que rigen las relaciones entre particulares, respecto de los principios que son aplicables cuando en tal relación aparece el Estado.

Se prevé un carácter particular y propio a los procesos que debe observarse cuando la administración pública está de por medio, en palabras de Alfredo Islas se hace un reconocimiento de la “autonomía del derecho administrativo, al derogar al derecho civil, y crear un sistema propio con una lógica particular y sus propias soluciones”¹⁶⁷.

Del análisis formulado por el Tribunal antes mencionado para emitir su decisión, se puede evidenciar que, al fijarse competencias de forma separada para los particulares y el Estado, se constituye la jurisdicción administrativa autónoma, la cual observa el Derecho administrativo para la emisión de fallos, en aplicación de reglas exorbitantes del

¹⁶⁶ Tribunal de Conflictos, 8 de febrero de 1873, Blanco, Dalloz 1873.3.20, en Alfredo Islas Colín, *El servicio público en el derecho francés*, biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM <http://www.juridicas.unam.mx/> Pág. 280

¹⁶⁷ Alfredo Islas Colín, *El servicio público en el derecho francés*, biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM <http://www.juridicas.unam.mx/> Pág. 281

Derecho privado, estableciendo una diferenciación de los principios que deben aplicarse en la solución de controversias entre particulares.

Es evidente de igual manera la determinación del límite de acción para los jueces que conocen acciones en el campo civil, estableciéndose de manera jurisprudencial cuales han de ser los procedimientos y reglas a observarse por parte de la jurisdicción administrativa.

Sin duda para la época una sentencia que cambio la forma de administrar justicia, mediante el desarrollo jurisprudencial estableciéndose principios y reglas que hasta nuestros días están en vigencia y ejerce su influencia en la forma de actuar de los magistrados, como se puede extraer de fallos emitidos en el Ecuador, en el cual se regula la jurisdicción competente para asuntos en los que interviene el Estado en calidad de parte, indistintamente de lo que se discute en juicio.

Acogiendo la misma lógica de separar las causas de las cuales el Estado a través de sus instituciones actúa son parte procesal como demandado, se analizan fallos emitidos por los jueces ecuatorianos, donde se exponen sus análisis para la adopción de la decisión en cuanto al juez competente y normativa aplicable en la relación de contratos sujetos a régimen especial celebrados en el marco de la capacidad de las empresas públicas.

El Tribunal de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, conoció un conflicto de competencias suscitado entre el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil y el Tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, respecto de una Sentencia dictada en la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, respecto de una acción propuesta por daño moral de un ciudadano en contra del Estado ecuatoriano, cuya fundamentación radica en el artículo 2231 del Código Civil; en lo principal en el análisis para la solución del conflicto de competencias, se extraen los siguientes puntos:

[...] lo que el legislador ha hecho, es regular la competencia en orden al elemento subjetivo de la relación jurídico procesal –el Estado-, mirando la calidad de la persona en cuanto sujeto procesal, a quien con criterio técnico y atendiendo al principio de especialidad que prevé la Constitución, con miras a evitar la dispersión de la competencia y concretar en un solo órgano los asuntos que atañen al Estado, ha asignado competencias a los Tribunales y Sala de lo Contencioso Administrativo, que por esta razón les

corresponde conocer y resolver la materia de daños propuestos por los particulares en contra de las instituciones del Estado¹⁶⁸

Del análisis descrito se desprende que en primera instancia se efectúa una separación del juzgador en función del sujeto procesal que interviene en la causa, esto en conformidad del principio de especialidad previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial, que manda a que la justicia “se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia”¹⁶⁹, todo ello tendiente a evitar la dispersión de las causas en las cuales el Estado es parte, unificando todas las acciones para conocimiento de los jueces cuya especialidad radica en el campo contencioso administrativo, este criterio de asignación de causas en función de la determinación del Estado como parte procesal, supone que los jueces de lo contencioso administrativo conocerán y resolverán todas las causas de las cuales el Estado a través de sus instituciones es parte, sin perjuicio de que inclusive la acción por su naturaleza recaiga en el campo del Derecho civil, como en el caso que se analiza la fundación jurídica de la acción radica en el Código Ibídem.

Los juristas en la sentencia objeto de análisis, radican su competencia conforme lo que manda el Código Orgánico de la Función Judicial¹⁷⁰, y el análisis para la adopción de su decisión señalan que “Resulta indiferente como criterio determinante para fijar la competencia, si se trata de una daño material o inmaterial, pues el hecho generador de éstos, siempre será un daño, y el sujeto activo el Estado”¹⁷¹ La fundamentación desde un

¹⁶⁸ Tribunal de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, 25 de junio de 2014, caso No. 03-2014-Pleno, Pág. 8

¹⁶⁹ Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial, publica en el suplemento del registro oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009, “Art. 11.- PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. - La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia. Sin embargo, en lugares con escasa población de usuarios o en atención a la carga procesal, una jueza o juez podrá ejercer varias o la totalidad de las especializaciones de conformidad con las previsiones de este Código. Este principio no se contrapone al principio de seguridad jurídica contemplado en el artículo 25. Las decisiones definitivas de las juezas y jueces deberán ser ejecutadas en la instancia determinada por la ley”.

¹⁷⁰ Ibídem, “Art. 185.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conocerá: 1. Los recursos de casación en las causas en materia administrativa; 2. Los recursos de casación en los juicios por controversias originadas en contratos celebrados entre el Estado o las instituciones del sector público y los particulares; 3. Los recursos de casación por juicios iniciados por los administrados, por inacción de la Administración en la prestación de servicios públicos o por reclamos debido a deficiente o irregular servicio, brindado por las delegaciones, concesiones o privatizaciones entregadas mediante respectivo convenio [...]”

¹⁷¹ Tribunal de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, 25 de junio de 2014, caso No. 03-2014-Pleno, Pág. 11

punto de vista jurisprudencial consolida los casos en los cuales el Estado es parte indistintamente de la naturaleza del daño que es objeto de la acción en contra de las instituciones del Estado, dejando limitado de conocer y resolver a los Jueces Civiles inclusive las causas cuya fundamentación este radicada en el campo del Derecho privado, si una de las partes intervinientes en la causa son instituciones públicas.

En conformidad al principio de especialidad¹⁷² que busca la unificación de procesos, se señala que radica en la vigencia de la “garantía a ser juzgado por un juez competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento”¹⁷³ es decir, debe entenderse que los Jueces especializados en Contencioso Administrativo conocen y resuelven por su conocimiento amplio en la materia todas las causas de las cuales el Estado a través de sus instituciones es parte, concibiéndose de tal suerte que la administración de justicia por esta vía busca garantizar la seguridad jurídica¹⁷⁴ de las sentencias, pues estas son expedidas por jueces cuyo conocimiento científico o práctico ha concedido la experticia en una determinada rama del Derecho.

Bajo estas argumentaciones la sala finalmente ha determinado que “no hay duda que la competencia para conocer y resolver las demandas en contra del Estado, le corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa”¹⁷⁵ de este modo, como ya se ha mencionado todas las causas son conocidas por jueces especializados de la administración de justicia en razón de la materia.

Una vez conocida una sentencia dictada donde se establece la competencia de los jueces para la resolución de procesos judiciales en los que el Estado es parte, se analiza seguidamente un fallo dictado en la causa No. 17741-2009-0281 en la que es parte Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROCUEADOR; como se detalla en líneas siguientes:

La EP PETROECUADOR, a través de su subsidiaria PETROCOMERCIAL, celebró un contrato de provisión de combustible con la compañía VEPAMIL S.A., siendo esta última quien interponga una acción subjetiva ante el Tribunal Distrital No. 2

¹⁷² Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 11

¹⁷³ Tribunal de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, 25 de junio de 2014, caso No. 03-2014-Pleno, Pág. 12

¹⁷⁴ Constitución de la República, “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

¹⁷⁵ Tribunal de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, 25 de junio de 2014, caso No. 03-2014-Pleno, Pág. 12

Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil, donde se declararon nulos unos actos de cobro por reliquidación de facturas emitidas por la referida Empresa Pública, interponiéndose como consecuencia de ello recurso de casación, aduciéndose principalmente la inobservancia del artículo 72 de la Ley de Hidrocarburos en la emisión de la sentencia recurrida.

Una vez incoado el recurso de casación por la Estatal petrolera ante la declaratoria de nulidad de sus actos por parte del Tribunal Distrital No. 2 Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Guayaquil, se evidencia que aparentemente se estableció una diferencia entre el precio pagado por VEPAMIL S.A., a la Estatal Petrolera, en función de la Cláusula Sexta del contrato de provisión que establecía que el pago se efectuará en observancia de las regulaciones legales aplicables durante la vigencia del contrato, lo cual para la Empresa Pública, dicha determinación del valor está establecida mediante decreto ejecutivo en función de lo previsto en el artículo 72 de la Ley de Hidrocarburos; por su parte, VEPAMIL S.A., sostiene que para la determinación del valor de pago debió observarse el artículo 1447 del Código Civil por ser la norma que regula ese tipo de contratos¹⁷⁶.

Los Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, para la emisión de su fallo rechazando el recurso de casación interpuesto por la EP PETROECUADOR, emite, entre otros, las siguientes consideraciones.

4.6 Al respecto esta Sala concuerda con el criterio del Tribunal A quo cuando señala en su sentencia que: ‘*DÉCIMO SEGUNDO*. – Es evidente que la relación entre PETROCOMERCIAL y Vepamil, es una relación comercial sujeta al Código Civil y al de Comercio. Y las adquisiciones –de derivado de petróleo- [...] son compraventas mercantiles que se perfeccionan desde que las partes han consensuado en la cosa y en el precio. En la especie, la cosa es el denominado fuel oil petrolero cuyo precio es fijado de antemano por uno de los contratantes PETROCOMERCIAL, de acuerdo a la fórmula elaborada para ello y su posterior aplicación[...]’¹⁷⁷

Se desprende de lo señalado que la consideración principal que acoge dicha Sala de la Corte Nacional de Justicia para la emisión de su fallo es que está resolviéndose asuntos de contratos cuya naturaleza y reglas radican en el Código Civil, pues si bien por mandato de la Ley de Hidrocarburos el precio de los derivados es determinado por el

¹⁷⁶ *Ibídem*

¹⁷⁷ *Ibídem*

Presidente de la República, esta es una cuestión que atañe de forma exclusiva a la Empresa Pública para establecer sus fórmulas técnicas que en observancia de la disposición presidencial puedan pactar a la celebración de sus contratos, considerando además la Sala que estos están sujetos a variación por su naturaleza de derivados de los hidrocarburos¹⁷⁸.

Se colige que la determinación de las estipulaciones contractuales en negociaciones respecto de la actividad principal de la Empresa Pública, actora del presente caso, está sujeta a condiciones de negociación y convencionales, en virtud de parámetros establecidos que la Empresa Pública debió considerar para llevar a cabo sus negociaciones de forma ágil y eficiente, pues se advierte que la estructuración de la cláusula del precio en el contrato de abastecimiento de fuel oil conforme se describe en el fallo que es analizado no es determinando y más bien remite a las normativas aplicables, de forma amplia y sin singularizar, dejando abierta a la interpretación.

La Sala de lo Contencioso Administrativo basa su decisión en que el pago se efectuó conforme las reglas del Código Civil para este tipo de productos cuyos costos pueden variar de forma constante, y no se considera la fijación del Presidente de la República por ser como ya se señaló una cuestión que debió servir de base para la negociación del producto que efectuó la Empresa Pública previo a la construcción del contrato respectivo, señalando los magistrados de forma textual que “dicho precio se está estableciendo al corriente de plaza, entendiéndose al día de la entrega, pero siempre observando los parámetros establecidos por el Presidente de la República mediante decretos ejecutivos y cuya aplicación de las fórmulas de precios le correspondía como se ha manifestado exclusivamente a PETROCOMERCIAL”¹⁷⁹

De las sentencias analizadas, se colige que la competencia para conocer y resolver los asuntos de orden jurisdiccional en los cuales el Estado actúa como parte indistintamente de la cosa que se discuta en juicio corresponde bajo el principio de especialidad a los jueces del área contencioso administrativa.

De la sentencia de la cual, PETROECUADOR EP es parte se advierte el reconocimiento del régimen jurídico aplicable a estos contratos, cuyas reglas radican en el Código Civil, y en función de dicha norma se debe construir las estipulaciones contractuales, tomando como base, como en el caso analizado, los decretos ejecutivos que

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ *Ibíd.*

establecen límites en la negociación, así mismo se advierte que la base normativa acogida por la Sala Especializada en Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia fue el Código Civil lo cual en el caso analizado devino en el rechazo de la casación interpuesta por la Empresa Pública, pues aparentemente existió una falla administrativa en la negociación del precio dejando abierta en el contrato la interpretación de la norma aplicable a la fijación del precio; ante lo cual, al ser contratos sujetos al Código Civil, su resolución radica en esta norma.

Finalmente, en cuanto a los magistrados que conocen y resuelven este tipo de contratos, considero que si bien por un lado se han unificado a una sola área especializada de lo contencioso administrativo todos los casos en los cuales el Estado a través de su andamiaje institucional actúa como parte, evitando la dispersión de las causas, en observancia del principio de especialidad establecido en rango constitucional; bajo el mismo principio, lo lógico sería que los contratos cuya regulación radica en el Código Civil, este sujeto a conocimiento de los jueces especializados en el campo civil, pues constituiría un resguardo a la seguridad jurídica, pues evidentemente se estaría ventilando y solucionado jurisdiccionalmente por jueces especializaos en las normas que regulan estos contratos, en un respeto integral de las normas que comprenden el Derecho positivo aplicable a la relación contractual, así como a las cláusulas pactadas.

Como se ha indicado estas sentencias donde se resuelven cuestiones de contratos celebrados en el marco de la capacidad empresarial de las empresas públicas, por parte dela Sala de lo Contenciosos Administrativo de la Corte Nacional de Justicia sus fallos acogen criterios doctrinarios y normativos inherentes a principios contractuales propios del Derecho civil como la forma de fijación de precios, entre otros aspectos; lo cual, como se señaló bajo el principio de especialidad deberían ser conocidos por los jueces especializados en materia civil y contractual.

Capítulo tercero

Conclusiones

A fin de culminar el presente trabajo investigativo, en conformidad del análisis doctrinario y normativo que se ha efectuado, es pertinente proceder con la determinación de conclusiones que se han establecido respecto de la naturaleza jurídica que reviste a los contratos celebrados por las empresas públicas ecuatorianas en el marco de su capacidad empresarial, las que se exteriorizan en las siguientes líneas.

3.1 Conclusión general

La dinámica social, ha generado su influencia en la forma de administrar la cosa pública, surgiendo la necesidad de que el Estado no sea únicamente un emisor de políticas públicas, sino que supere esa clásica teorización, adecuando su funcionamiento y andamiaje con la creación de organismos que, cumpliendo un fin distinto del establecer las políticas del Estado y/o la regulación y control, aporte en el crecimiento de los pueblos generando riqueza, tendiente a su distribución equitativa.

Esta necesidad al trascender el campo de la consiente necesidad de que el Estado participe activamente en los mercados y en la generación de riqueza para la satisfacción de las necesidades de los pueblos, ha influenciado para que el legislador ecuatoriano, adopte el acervo jurídico de la empresa pública, tomando como soporte doctrinario y legal el desarrollado en otros países, donde estas entidades han tenido un papel importante en la consecución de los fines públicos, aportando celeridad, agilidad, parámetros empresariales y competitivos acorde a las industrias en las que intervienen creando condiciones comerciales que aportan en la creación de riqueza para las arcas fiscales.

Para incursionar en la actividad empresarial, cuentan con prerrogativas propia de su forma de administración donde sus actuaciones se enmarcan en el campo del Derecho civil, lo cual, proporciona igualdad de condiciones respecto de las demás empresas con las cuales compiten en las industrias, todo esto tendiente a crear mejores condiciones económicas en la comercialización de los recursos naturales estatales o brindar una mejor prestación de servicios públicos a los usuarios a costos más competitivos, respecto de los

propuestos por la iniciativa privada, estas ventajas respecto de otras entidades del Estado coadyuvan en la celeridad de su actuación tanto en su propia administración, cuanto más, en los procedimientos de compra y venta de bienes o servicios en el marco de la capacidad empresarial.

3.2 Conclusiones específicas

La empresa pública es una figura jurídica de organismo gubernamental a través de las cuales el Estado interviene en actividades de orden empresarial, industrial, comercial, la prestación de servicios públicos, entre otras actividades con tintes empresariales, estos organismos son administrados con estándares de eficacia y eficiencia, entre otros vinculados a la industria privada; para el cumplimiento de sus fines, gozan de un régimen jurídico mixto basado en el Derecho público para su administración interna, y un régimen jurídico particular basado en el Derecho privado para el ejercicio de su capacidad empresarial, en Ecuador, inclusive con capacidad de dictar sus propias normativas y procedimientos en función de las necesidades específicas tanto para la administración del talento humano, cuanto más, para las contrataciones enmarcadas en su capacidad empresarial, procedimiento denominado en nuestra legislación como contrataciones por giro específico del negocio.

La evolución de las formas de administrar la cosa pública estableció las condiciones idóneas para que el Estado a través de su andamiaje pueda tener injerencia en la actividad comercial, incursionando en actividades que usualmente le han sido reservadas a la iniciativa privada, actividades que serían de imposible acceso si el Estado no actúa en observancia de los mismos parámetros que las entidades privadas aplican en su quehacer comercial, al momento que el Estado es parte de una actividad que ha sido reservada a la iniciativa privada, automáticamente se convierte en competencia, para éstas en los mercados internacionales.

La celebración de instrumentos cuyo régimen jurídico se basa en el Derecho privado coadyuva a los fines empresariales, pues surgen de la necesidad de que las empresas públicas actúen con criterios de celeridad y agilidad, siendo necesario para el efecto estar en similitud de condiciones de aquellas corporaciones que se las podría considerar como la competencia en el ejercicio de la actividad empresarial, situación que

como se puede advertir en el desarrollo del presente trabajo de investigación guarda soporte en la doctrina clásica y contemporánea de Derecho público¹⁸⁰.

De este modo, partiendo de una necesidad del Estado, se creó el marco normativo necesario para que las contrataciones en el que se lleve a cabo dentro de la capacidad empresarial, sean reguladas por normativas propias creadas por cada empresa pública, basadas en prácticas comerciales internacionales que regulan los mercados, modelos de negocio, entre otros parámetros, exceptuándose de este régimen especial las contrataciones de régimen común que son reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Los procedimientos que se han desarrollado por las diferentes empresas públicas de ámbito nacional, para reglar la celebración de este tipo de contratos son dinámicos y ágiles, donde la selección del oferente está regida por mecanismos céleres de selección, que en la mayoría de casos, basta una invitación cursada a empresas especializadas, según la industria, esta situación en nuestro país ha generado excesiva discrecionalidad por parte de los servidores públicos.

Es importante señalar que siendo de conocimiento público en Ecuador que uno de los problemas que la praxis ha evidenciado en la administración de las empresas públicas es la corrupción que se genera por la excesiva discrecionalidad que se puede llegar a aplicar, situación fomentada además por la especialidad de las industrias como la hidrocarburiífera, la minera y otras, cuyo mercado de proveedores puede resultar limitado, contexto en el cual, se han celebrado contratos sin un concurso o proceso de selección de oferentes, pues en muchos casos son contrataciones tan específicas que la experiencia para esos servicios está en la minoría de proveedores, vinculadas a los grupos que administran las mismas empresas públicas.

Los reglamentos de contrataciones por giro específico del negocio, son instrumentos emitidos por los gerentes generales de las empresas públicas, actos administrativos que no han tenido filtros de control para su emisión, pues únicamente el Servicio Nacional de Contratación Pública, efectúa una verificación de los CPC, es decir, el detalle de los productos o servicios que se pueden contratar en este marco, sin embargo,

¹⁸⁰ Esta situación tiene como excepción por mandato legal cuando la empresa pública se involucra en la construcción de obra pública, la naturaleza de esos contratos es administrativa, pues en esos casos el Estado ejerce su potestad de imperio frente a los particulares, pues evidentemente se sobrepone el interés general.

la determinación del procedimiento de selección de oferentes no es una cuestión que esta reglada o controlada por un organismo especializado, sino únicamente se emite bajo la discrecionalidad de las autoridades de las empresas públicas.

La solución a estos inconvenientes no es desaparecer las empresas públicas o limitar su accionar, pues no tendría sentido su existencia misma, sino más bien el control debe ser fortalecido por profesionales especializados en las industrias tanto desde la Procuraduría General del Estado, efectuando el control de legalidad en ejercicio de sus competencias constitucionales¹⁸¹; cuanto más, de parte de la Contraloría General del Estado, así como del órgano rector de la contratación pública en el país.

Sin embargo de ello, no se puede desconocer que estos mecanismos céleres de contratación, coadyuvan a que los fines empresariales sean cumplidos, sin alejarse de los principios que rigen tanto la administración pública, como la contratación con el Estado, así como contribuyen a que el Estado a través de sus instituciones incursione en la negociación internacional y directa, por citar un ejemplo, a través de las empresas públicas petroleras, se adquiere de forma directa en el mercado nacional o internacional los bienes y se contratan los servicios necesarios para su objeto de creación, actividad altamente especializada, cuyo accionar eficiente representa menor tiempo en la obtención de resultados, de empresas que por su actividad generan ganancias que alimentan las arcas fiscales.

Bajo el mismo concepto, con el fin de obtener mejores condiciones económicas, la comercialización por parte del Estado en la industria de medicamentos, en cuyo caso la empresa pública que se constituyó para tales fines se convirtió en un regulador de los precios del mercado, pues al momento de competir con la industria privada, y ofertar mejores costos, obligó a su competencia para establecer condiciones económicas que benefician al usuario final.

Es evidente que el accionar de las empresas públicas administradas con eficacia, eficiencia y responsabilidad social son un aporte muy importante para la administración de la cosa pública, pues por un lado en la actividad comercial generan ingresos para las arcas fiscales, así como por otro, en la prestación de servicios públicos existe mayor

¹⁸¹ Constitución de la República, “Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley: [...]4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público”.

satisfacción de los usuarios finales, pues para superar cualquier inconveniente cuentan con mecanismos de accionar brindando soluciones inmediatas.

La naturaleza jurídica de sus actos y contratos como se ha evidenciado a lo largo del presente trabajo de investigación, exclusivamente emanados dentro del giro específico del negocio, son regidos por el Derecho privado, lo cual, esta soportado tanto en doctrina como en legislación, todo esto finalmente dota de una posibilidad de administración con estándares competitivos y dinámicos que se ajustan y acomodan según las características comerciales cuyas reglas en la mayoría de situaciones han sido impuestas por las grandes empresas que han gobernado las industrias productivas de los Estados.

Bibliografía

Publicaciones:

- Alessandri, A., Somarriva, M. & Vodanovich, A. *Tratado de derecho civil, Partes Preliminar y General, tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Andrade Campaña, Jessica. *Empresas públicas y planificación su rol en la transformación social y productiva*. Quito: SENPLADES 2013.
- Arauz, Luis. *Derecho petrolero ecuatoriano*. Quito: C. E. de PETROPRODUCCIÓN, 2009.
- Cassagne, Juan Carlos *Derecho administrativo tomo I*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2006.
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo*, 2da edición. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2005.
- Cisneros Farías, Germán. *La voluntad en el negocio jurídico*. México: Editorial Trillas 2001.
- Concepción Rodríguez, José Luis. *Derecho de Contratos*. Barcelona: Editorial Bosh SA 2003.
- Cuenca, C. C., López, L. F. G., & Vargas, J. R. M. *La Contratación Estatal: Teoría General*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.
- De La Cruz Ferrer, Juan. *Apuntes de Derecho público económico, la intervención en la economía y en la empresa*. Madrid. Dykinson, 1992.
- Diez, Manuel María. *Derecho administrativo, tomo IV*. Buenos Aires: OMEBA, 1969.
- Dromi, Roberto. *Derecho administrativo* 13^{va} ed. Buenos Aires – Madrid – México – Ciudad Argentina – Hispana Libros 2015.
- Dromi, Roberto. *Derecho administrativo*, 12 edición. Buenos Aires: Editorial Hispana Libros, 2009.
- Fraga, Gabino & Fraga, Miguel. *Derecho administrativo, Vol. 40*. (México: Editorial Porrúa, 2000.
- Francesco Messineo, Fontanarrosa, Melendo, Volterra, M., & Neppi, V. *Doctrina general del contrato Vol. 1*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.
- Fernández Ruiz, Jorge. *Disertación sobre el servicio público, tema central*. Quito: Revista de derecho No. 13 UASB Ecuador CEN 2010.
- Ferrando, Ismael. *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Abelardo – Perrot, 2002.
- García de Enterría, Eduardo & Fernández, Tomas-Ramón. *Curso de derecho administrativo, duodécima edición*. Madrid: Civitas Ediciones SL, 2005.

- Gordillo, Agustín. *Teoría general del derecho administrativo*. En: http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo06.pdf
- Granja Galindo, Nicolás *Fundamentos de derecho administrativo*. Quito: Universidad Central 1984.
- Guillermo, O. F., & Eduardo, O. A., *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 6 Edición. Bogotá: Editorial Temis SA, 2000.
- Hernando, Jesús Luis Abad; Diez, Manuel María, Julio A. Prat. *Acto y procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1975.
- Idrobo Arciniega, Marco. *La contratación administrativa en el Ecuador*. Quito: Editorial Época 1984.
- Islas Colín, Alfredo. El servicio público en el derecho francés, biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. En: <http://www.juridicas.unam.mx/>.
- Jaramillo Ordoñez, Herman. *Manual de contratación pública*. Loja: Dep. de publicaciones Universidad Nacional de Loja, 1996.
- Jaramillo Villa, Fabián Marcelo. *Análisis crítico del régimen jurídico de las empresas públicas en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar 2011.
- Lampera Rodríguez, Pedro. *Contratos Estatales*. Bogotá: Editorial Temis, 2007.
- Latorre, Patricio. *Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: Naturaleza, límites y control de sus actividades*. Valparaíso: Revista de Derecho, 2008.
- López Santa María, Jorge. *Los contratos parte general*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1986.
- Madura Luyando, Eloy. *Curso de obligaciones Derecho Civil III*. Maracaibo, 1980.
- Marienhoff, Miguel & Basavilbaso, Benjamín. *Tratado de derecho administrativo Vol. 1*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1995.
- Martín Mateo, Ramón *Manual de Derecho Administrativo 18va Edición*. Madrid: Trivium 1996.
- Messineo, Francesco, Melendo, Fontanarrosa, Volterra, M., & Neppi, V. *Doctrina general del contrato* Vol. 1. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de derecho procesal administrativo*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2011.
- Morales, Milton. *Naturaleza jurídica de las contrataciones bajo el mecanismo de giro específico del negocio de bienes y servicios internacionales, utilizado por las empresas*

- públicas en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.*
Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.
- Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general Tomo II.* Madrid: Iustel, 2006.
- Parejo, Alfonso Luciano. *Servicios públicos y servicios de interés general. En: La renovada actualidad de los primeros* (Revista de derecho de la Unión Europea 1.7 2008).
- Pérez, Efraín. *Manual de derecho administrativo.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Penagos, Gustavo. *Curso de Derecho Administrativo tomo II.* Bogotá: Ediciones Liberia del Profesional, 1982.
- Pérez, Efraín. *Manual de derecho administrativo.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Ramos Acevedo, Jairo. *Catedra de derecho administrativo general y colombiano.* Medellín: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez Ltda, 2003.
- Rodríguez Arana, Jaime. *El interés general en el derecho administrativo*, revista publicada en www.juridicas.unam.mx.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano.* Bogotá: Temis S.A. 2013.
- Sayagues Laso, Enrique. *Tratado de derecho administrativo II séptima edición.* Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2002.
- Secaira, Patricio. *Curso Breve de derecho administrativo.* Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- Solar, Luis Claro. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- Teresita Rendón Huerta, *Derecho municipal 3 Edit.* México DF: Porrúa, 2005
- Torré, Abelardo. *Introducción al derecho.* Buenos Aires: Editorial Perrot, octava edición, 1981.
- Ureba, Alberto. *La Empresa Pública, aspectos jurídico- constitucionales y de Derecho económico.* Madrid: Montecorvo S.A., 1985
- Valls Hernández, Sergio. *La noción del servicio público en el estado social de derecho*, biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM <http://www.juridicas.unam.mx/>

Normativa

- Ecuador, Constitución de la República, en Registro Oficial No. 449 (20 de octubre de 2008).
- Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas, en suplemento del Registro Oficial No. 48 (16 de octubre de 2009).
- Ecuador, Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el suplemento del Registro Oficial No. 303 (19 de octubre de 2010).
- Ecuador, Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el suplemento del Registro Oficial No. 48 (16 de octubre de 2009).
- Ecuador, Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 (24 de junio de 2005).
- Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial No. 395 (04 de agosto de 2008).
- Ecuador, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial No. 588 (12 de mayo de 2009).
- Ecuador, Decreto Ejecutivo No. 314 en Registro Oficial No. 171 (14 de abril de 2010).
- Ecuador, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial No. 588 (12 de mayo de 2009).
- Ecuador. Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.
- Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial, publica en el suplemento del registro oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009
- Ecuador, Ley de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, Expedida mediante Decreto No. 522, publicado en el Registro Oficial No. 88 de 23 de junio de 1972. (derogada)
- Ecuador, Decreto Ejecutivo No. 314 en registro oficial No. 171 (14 de abril de 2010).
- Ecuador, Quito. Ordenanza Metropolitana No. 0309, sancionada el 19 de abril de 2010 por el Consejo del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.
- Ecuador, Normas Complementarias a la determinación del Giro Especifico del Negocio, expedido con resolución No. INCOP-051-2011 por el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública (hoy SERCOP) el 16 de septiembre de 2011. (Derogada).
- Ecuador, Quito, Ordenanza Metropolitana No. 309, publicada en el Registro Oficial No. 186 de 05 de mayo de 2010.

Ecuador, Codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, emitido mediante Resolución No. 027-09, suscita por el Director Ejecutivo del referido Instituto el 31 de agosto de 2016.

Argentina, Buenos Aires, Ley 20.705. Publicada en el Boletín Oficial, 26 de agosto de 1974.

Argentina, Rio Gallegos, Ley 407. Rio Gallegos, 20 de agosto de 1964.

Argentina, Ley No. 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, (16 de febrero de 2011).

Chile, Constitución Política de la República, en XXX (22 de septiembre de 2005).

Chile, Santiago, Ley 15579. Publicada el 30 de mayo de 1964. Ministerio de Obras Públicas

Chile, Santiago, Decreto con Fuerza de Ley 1-19653. Publicada el 17 de noviembre de 2001. Promulgada el 13 de diciembre de 2000.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia de Ecuador Sentencia 25 de junio de 2014, caso No. 03-2014-Pleno.