

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Administrativo

**La aplicación de principios y objetivos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento general en la contratación de bienes y servicios con empresas públicas nacionales**

María Isabel Herrera González

Tutor: Juan Francisco Díaz Colmachi

Quito, 2020





## **Cláusula de cesión de derecho de publicación**

Yo, María Isabel Herrera González, autor de la tesis intitulada “La aplicación de principios y objetivos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento general en la contratación de bienes y servicios con empresas públicas nacionales”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en 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.

10 de septiembre de 2020

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) tiene como objetivos evitar la discrecionalidad; dinamizar la producción nacional; promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas. Además, incentivar y garantizar la mayor participación de proveedores confiables y competitivos; por lo que contempla procesos participativos que atienden principios de *conurrencia, trato justo, igualdad y oportunidad*. Sin embargo, contempla también el procedimiento de Régimen Especial que, contrario a los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), permite a las instituciones del Estado contratar de manera *directa* con empresas públicas nacionales.

Esta disyuntiva nos hace cuestionar el objetivo de este procedimiento en un sistema que promociona la igualdad de condiciones, el trato justo, la distribución de la riqueza y la participación de proveedores para dinamizar la producción nacional. Por eso, en el presente trabajo se analiza y se investiga si los objetivos y principios establecidos en el SNCP son aplicados en las contrataciones con empresas públicas nacionales y de qué forma, para lo cual se exponen casos en los que se estudia la motivación que las instituciones del Estado utilizan para justificar la conveniencia y viabilidad técnica y económica que permite dichas contrataciones y, en consecuencia, la omisión de procedimientos participativos.

Considerando que el procedimiento en cuestión es con empresas públicas nacionales, se analizó la naturaleza y los objetivos de dichas empresas, en torno a la Constitución y Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP). Se evidencia que el SNCP tiene objetivos en común con dicha ley, por lo que la contratación con empresas públicas nacionales procede cuando los objetivos de la LOSNCP y la LOEP se articulen de mejor manera, porque en ese momento la contratación pública se convierte en un mecanismo más para el cumplimiento de los fines de las empresas públicas. Esta sería la correcta motivación o la viabilidad técnica y económica que respaldaría realizar una contratación con empresas públicas.

Palabras clave: cumplimiento de objetivos del SNCP, aplicación de principios, empresas públicas nacionales, discrecionalidad, contratación, participación.



A Dios, por ser la guía y a quién encomiendo mi vida para que me permita continuar  
cumpliendo metas profesionales y sueños personales.

A mi hijo, Juan David por ser una bendición en mi vida, mi paz y la fuerza que me  
impulsa para salir adelante.

A mis padres, por ser quienes con amor y mucha sabiduría supieron guiar mis pasos  
para formar una persona íntegra y profesional; y, me brindaron su apoyo incondicional  
para cumplir esta meta.



## **Agradecimientos**

A la Universidad Andina Simón Bolívar, prestigioso establecimiento que me ha acogido en sus aulas y me ha permitido concluir mis estudios de posgrado.

Al magíster Juan Francisco Díaz Colmachi, por su tutoría para la realización de esta investigación, y su dirección en la obtención de mi título de posgrado.



## Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: El Estado y la contratación pública .....	15
1. El Estado y la administración pública .....	15
2. La contratación pública en Ecuador .....	17
2.1. Antecedentes del Sistema Nacional de Contratación Pública .....	17
2.2. El Sistema Nacional de Contratación Pública y su normativa .....	18
3. Principios de la contratación pública.....	20
3.1. Legalidad .....	20
3.2. Trato justo .....	21
3.3. Igualdad.....	22
3.4. Calidad .....	23
3.5. Vigencia tecnológica.....	24
3.6. Oportunidad.....	25
3.7. Concurrencia.....	26
3.8. Transparencia y publicidad .....	27
3.9. Participación nacional .....	29
4. Objetivos de la contratación pública ecuatoriana .....	30
4.1. Planificación y calidad del gasto .....	30
4.2. Concurrencia de oferentes y selección de contratistas aptos.....	31
4.3. Transparencia en la contratación pública .....	32
4.4. Preferencia de la producción nacional .....	34
4.5. Políticas de compras públicas.....	35
Capítulo segundo: Las empresas públicas nacionales .....	39
1. Antecedentes históricos .....	39
2. Naturaleza jurídica de las empresas públicas .....	42
3. Definición de empresa pública.....	46
4. Características de las empresas públicas .....	48
5. Clasificación de las empresas públicas.....	50
6. Finalidades de las empresas públicas .....	53
Capítulo tercero: Contratación preferente con empresas públicas nacionales .....	57

1. Régimen Especial de contratación interadministrativa con empresas públicas nacionales .....	57
2. Aplicación de principios en la contratación de bienes y servicios con empresas públicas nacionales .....	61
3. Cumplimiento de los objetivos en la contratación de bienes y servicios con empresas públicas nacionales .....	69
3.1. Planificación, calidad del gasto, y modernización de los procedimientos de contratación pública .....	69
3.2. Participación, selección de oferentes y ejecución de los contratos sujetos al SNCP 70	
3.3. Transparencia, participación social y control en la contratación pública .....	73
3.4. Participación nacional y preferencia de la producción ecuatoriana.....	75
3.5. Políticas públicas y compras públicas oportunas .....	75
4. Análisis de casos de contrataciones realizadas con empresas públicas.....	77
4.1. Contratación del Instituto Nacional de Contratación Pública (Incop) con la empresa Fabriequipos C.A. ....	77
4.2. Contratación de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT EP) con la Empresa Pública Municipal Vial, de Construcciones, de Urbanización y Vivienda del cantón San Vicente (San Vicente Cambia EP) .....	79
4.3. Contratación de la Universidad Técnica de Ambato con la Empresa Pública de la Universidad Técnica de Ambato.....	81
5. Efectos de la contratación interadministrativa con empresas públicas y estatales nacionales .....	84
6. Propuesta de procedimiento de contratación interadministrativa con empresas públicas y estatales.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Conclusiones.....	91
Bibliografía.....	93

## Introducción

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial 395, Suplemento, de 4 de agosto de 2008, fundamentó algunos de sus considerandos, en “la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas”, lo que “ha derivado en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado”, justificando así la necesidad de crear procedimientos ágiles y eficientes que impliquen ahorro de recursos.

Así también, en el reglamento general de dicha ley, se tomó en consideración la igualdad de condiciones al que debe propender el Sistema Nacional de Contratación Pública, destacando la importancia de la producción nacional, la generación de empleo, la industria a la asociatividad y la redistribución de la riqueza.

Al respecto, efectivamente en la LOSNCP y su reglamento de aplicación se ha normado procedimientos a fin de procurar una mayor participación y desarrollo económico-social mediante la contratación pública, atendiendo objetivos prioritarios del Estado en dicha materia, como “garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública”; “convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional”; “promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas en el marco de esta ley”; “e incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP”.

Así la contratación pública en Ecuador apunta a incrementar un mayor desarrollo productivo a escala nacional, dando prioridad a la participación de artesanos, profesionales, micros pequeñas y medianas empresas, de forma transparente, dinámica y en igualdad de condiciones para cada uno de los participantes. Sin embargo, la discrecionalidad dentro de la referida ley, es evidente cuando al amparo de lo establecido en el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP, las entidades contratantes tienen la posibilidad de *preferir* la contratación con una empresa pública en lugar de realizar un proceso en el que se garantice la plena aplicación de los principios de trato justo, igualdad, oportunidad y concurrencia.

El mencionado procedimiento de *régimen especial* establece que se someterán a dicho procedimiento las contrataciones que realice el Estado con entidades del sector público, que a diferencia del resto de procedimientos establecidos en la LOSNCP, no

cumplen con las mismas exigencias definidas o reguladas para la contratación de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, a las que están sometidas las contrataciones de *régimen común*, como los procedimientos de subasta inversa electrónica, catálogo electrónico, licitación, cotización, menor cuantía, ferias inclusivas, lista corta y concurso público.

El problema surge cuando la administración pública, al preferir contratar con empresas públicas, estaría desatendiendo los principios y objetivos que rigen el SNCP, y contratan obras, bienes o servicios, que podrían estar sujetos a la libre competencia y competencia por la existencia de otros proveedores en el mercado. Esta discrecionalidad provocaría, la relegación de los principios y objetivos establecidos en la LOSNCP.

Las empresas públicas por su parte, al ser creadas por las instituciones del sector público, y en virtud de que les corresponde brindar *servicios públicos*, deberían procurar que haya una preeminencia en la búsqueda de la *rentabilidad social* por razones de *interés general*.

En el presente trabajo se desarrollan tres capítulos, en el capítulo primero se expone la importancia de la contratación pública en el Estado y se analiza de manera objetiva el objeto y alcance de los principios y objetivos que rigen el Sistema Nacional de Contratación Pública. En el capítulo segundo, en torno a la Constitución, la LOEP y doctrina, se investiga y se analiza la naturaleza jurídica, definición, características, clasificación y finalidades que persiguen la empresas públicas nacionales en el Estado ecuatoriano; y, en el capítulo tercero, a través de la exposición y estudio de casos, se analiza el cumplimiento de objetivos y los principios de la LOSNCP que no se aplican en el procedimiento de régimen especial, cuáles serían las razones por las que deberían aplicarse, como se debería motivar las contrataciones que se realizan con las empresas públicas y sus efectos.

Considerando que esta investigación enfatiza la contratación pública con esta clase de empresas, en mi opinión la normativa principal y secundaria del SNCP debería conectarse con las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas; particularmente con los *objetivos* previstos en esta última, porque son los que podrían sustentar la conveniencia y viabilidad técnica y económica, lo que a su vez permitiría justificar razonablemente la contratación interadministrativa con tales empresas; y a su vez, la empresas públicas estarían cumpliendo sus objetivos a través del SNCP.

## Capítulo primero

### El Estado y la contratación pública

#### 1. El Estado y la administración pública

La humanidad desde sus orígenes se ha enfrentado a dos realidades, una *física*, constituida fundamentalmente por la *naturaleza*; y, una *social* producida por el *hombre*, que con el trascurso del tiempo dio origen a la *sociedad*, existiendo tantas sociedades como manifestaciones del género humano, y cada una de ellas conlleva una variedad de elementos que la conforman, de diversa índole: artística, religiosa, ideológica, científica, y política, como no podría ser de otra manera;<sup>1</sup> y es precisamente el elemento *político* de la *sociedad* el que da origen al *Estado*, que surge como la concurrencia de individuos que han constituido una *organización* que debe procurar el *bien común*,<sup>2</sup> para lo cual se le ha otorgado un *poder público*, a fin de que se desarrolle plenamente, y mediante su gestión y administración, alcance objetivos *colectivos* y *permanentes* en beneficio de todos sus asociados,<sup>3</sup> quienes asumen la calidad de *ciudadanos*, independientemente si se trata de nacionales o extranjeros.<sup>4</sup>

Esta realidad, conlleva una relación ciudadano-Estado, basada en un ordenamiento jurídico alimentado por leyes que crea el propio ente estatal, por intermedio de su *función legislativa*, que establece derechos y deberes, que deben reconocerse y cumplirse, correspondiéndole dicha tarea principalmente a la *función ejecutiva* cuando ejerce el *gobierno*; lo cual debe hacerlo bien sea por iniciativa propia, o por resolución de la *función judicial*, cuando ésta administra justicia.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, t. I, 13.<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2015), 131.

<sup>2</sup> Efraín Pérez, *Manual de Derecho Administrativo*, 5.<sup>a</sup> ed. (Bogotá: Editorial TEMIS, 2019), 5. El *bien común*, al que Aristóteles lo llamaba “vida buena”, o “good life” según Rawls y Habermas, es lo que la Constitución de 2008 ha denominado *buen vivir* (*sumak kawsay*).

<sup>3</sup> Patricio Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 32-4.

<sup>4</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 9. En este artículo se reconoce que los extranjeros que se encuentren en territorio ecuatoriano, gozarán de los mismos derechos, y se les exigirá los mismos deberes que a los nacionales.

<sup>5</sup> Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 34-5.

De las funciones mencionadas es precisamente a la *ejecutiva* a la que le corresponde *administrar*, lo cual lo realiza por intermedio de la *administración pública*, de la cual dimanarían declaraciones de voluntad, celebración de contratos, gestión de recursos públicos, y en consecuencia es responsable por su quehacer y de las acciones u omisiones de sus funcionarios;<sup>6</sup> lo que en el ámbito de esta investigación precisamente guarda relación con el objeto de la normativa de contratación pública.<sup>7</sup>

Dentro de los *deberes* que le corresponden al Estado tenemos el desarrollo sustentable, que supone la prestación de servicios, y la construcción y mantenimiento de obras públicas;<sup>8</sup> los cuales deben alinearse a la planificación, que adquirió una categoría preponderante en la Constitución de Montecristi,<sup>9</sup> por lo que el régimen de desarrollo busca cimentar un sistema económico productivo, justo, democrático, solidario y sostenible,<sup>10</sup> y para alcanzarlo el Plan Nacional de Desarrollo a cargo de la Secretaría Técnica de Planificación,<sup>11</sup> incluye una nueva relación entre la política pública, la garantía de derechos y los objetivos del desarrollo.<sup>12</sup>

Por esto, para alcanzar el anhelado *buen vivir*, el Estado debería encaminar su gestión, a la producción bienes, ejecución y mantenimiento de infraestructura, provisión de servicios públicos satisfactorios, que son el resultado de actividades económicas, que se relacionan con la *libre competencia* y la *contratación pública*, instrumentos esenciales que permiten acceder a obras, bienes y servicios de calidad por parte de las personas, bien sea como usuarios o consumidores que acuden directamente a los mercados, o cuando requieren la prestación de servicios públicos, suministrados por los sectores público y privado.<sup>13</sup>

---

<sup>6</sup> Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, 1.<sup>a</sup> ed. peruana, t. 1 (Lima: Palestra / Temis, 2011), 29-31.

<sup>7</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 1. En este artículo, se establece el Sistema Nacional de Contratación Pública, y desarrolla los principios y normas para los procedimientos de contratación pública para la adquisición o arrendamiento de bienes, la ejecución de obras, la y prestación de servicios, entre los que se incluye la consultoría.

<sup>8</sup> Pérez, *Manual de Derecho Administrativo*, 5.

<sup>9</sup> José Vicente Troya Jaramillo, “El modelo económico, financiero y tributario de la Constitución 2008”, en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini (Quito: Corporación Editora Nacional, 2009), 317-8.

<sup>10</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, art. 276, num. 2.

<sup>11</sup> Mediante decreto ejecutivo 732, Registro Oficial Suplemento 496, 28 de mayo de 2019, que en los artículos 1 y 2 suprimió la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades), y en su lugar creó la Secretaría Técnica de Planificación “Planifica Ecuador”.

<sup>12</sup> Víctor Hugo Albán Romero, *La Matriz Productiva y el Buen Vivir* (Quito: Colegio de Economistas de Pichincha, 2014), 47.

<sup>13</sup> Liz Tatiana Bonilla Guerrero, “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del

## 2. La contratación pública en Ecuador

Las primeras leyes en materia de contratación pública del Ecuador son la Ley de Hacienda, vigente desde el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX,<sup>14</sup> siendo reemplazada por la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas del año 1976.<sup>15</sup> Posteriormente entró en vigencia la Ley de Contratación Pública de 1990,<sup>16</sup> la cual fue codificada en el año 2001,<sup>17</sup> la que fue derogada a su vez por la LOSNCP,<sup>18</sup> al igual que su respectivo reglamento.

En cuanto a la prestación de servicios por parte de consultores especializados, la Ley de Consultoría de 1989,<sup>19</sup> fue codificada en el año 2004,<sup>20</sup> y esta última, junto con su reglamento de aplicación, fue abrogada por la actual y vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.<sup>21</sup>

No está por demás indicar que, en el caso ecuatoriano, las leyes derogadas y la vigente normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública, no se refieren a los contratos de concesión u otras formas de delegación, que estuvieron regulados en su momento por la Ley de Modernización del Estado;<sup>22</sup> delegaciones, sean estas por concesión, autorización, permiso, asociación, alianza estratégica, u otras formas, que actualmente pueden sujetarse a diversas leyes.<sup>23</sup>

### 2.1. Antecedentes del Sistema Nacional de Contratación Pública

Si bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública entró en vigencia en agosto de 2008,<sup>24</sup> previamente se emitieron algunos decretos que se

Sistema Nacional de Contratación Pública” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 43-6, <http://hdl.handle.net/10644/4786>.

<sup>14</sup> Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar, *Manual de contratación pública*, 2.<sup>a</sup> ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 1.

<sup>15</sup> Decreto supremo 679, Registro Oficial 159, 27 de agosto de 1976.

<sup>16</sup> Ley n.º 95, Registro Oficial 501, 16 de agosto de 1990.

<sup>17</sup> Publicada en el Registro Oficial 272, 22 de febrero de 2001.

<sup>18</sup> Francisco Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 6.

<sup>19</sup> Ley n.º 15, Registro Oficial 136, 24 de febrero de 1989.

<sup>20</sup> Ley n.º 24, Registro Oficial 455, 5 de noviembre de 2004.

<sup>21</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 6-7.

<sup>22</sup> Ecuador, *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*, Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.

<sup>23</sup> Podemos citar como ejemplos, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, y la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

<sup>24</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008.

constituyeron en su antecedente, por lo que amerita reseñarlos antes de referirnos a la actual y vigente normativa en materia de contratación pública.<sup>25</sup>

El primero de ellos fue expedido en marzo de 2007, con el cual se dispuso que el entonces Ministerio de Industrias y Competitividad promueva las compras públicas como un medio de reactivación y dinamización de la producción nacional, aplicando para aspectos como la desagregación tecnológica.<sup>26</sup> En abril del mismo año, se dicta un segundo decreto, con el que se creó el entonces denominado Sistema Nacional de Compras Públicas, se establecieron sus objetivos, el respectivo cuerpo colegiado que debía emitir la correspondiente política de compras públicas, y una secretaría técnica como órgano ejecutor;<sup>27</sup> lo que se complementó meses más adelante con un tercer decreto que dio origen al portal compras públicas, determinando su uso obligatorio para la función ejecutiva;<sup>28</sup> y finalmente, en junio de 2008, con un último decreto aparecen elementos como el Registro Único de Proveedores (en adelante, RUP), los bienes y servicios normalizados, los bienes no normalizados, contratación de servicios que no sean de consultoría, la contratación de obras; destacándose el apareamiento de la subasta inversa, como el primer procedimiento electrónico;<sup>29</sup> aspectos que fueron recogidos en la actual normativa de contratación pública.

## 2.2. El Sistema Nacional de Contratación Pública y su normativa

En el Registro Oficial 395 de 4 de agosto de 2008, se publicó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entró en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, misma que constituyó un cambio sustancial en la materia, ya que con ella se creó el *Sistema Nacional de Contratación Pública*, cuyo principal objetivo era la sustitución de una legislación desactualizada, que no estaba acorde con la visión global de las compras realizadas por los estados de la región, por lo que era necesario adoptar un nuevo esquema teórico y práctico que dinamice la compra pública ecuatoriana.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Inés María Baldeón Barriga y Carlos Baldeón Barriga, *Sistema Nacional de Contratación Pública – Análisis y comentarios sobre los nuevos procedimientos de contratación vigentes*, 2.<sup>a</sup> ed. (Quito: Mikarian, 2011), 15-6.

<sup>26</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 145*, Registro Oficial 37, 9 de marzo de 2007, art. 1.

<sup>27</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 258*, Registro Oficial 66, 18 de abril de 2007.

<sup>28</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 744*, Registro Oficial 221, 28 de noviembre de 2007, art. 1.

<sup>29</sup> Ecuador, *Decreto ejecutivo 1091*, Registro Oficial 351, 3 de junio de 2008, art. 9.

<sup>30</sup> Pablo Dávila Castro, *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2015), 17.

A criterio del autor nacional William López Arévalo, la legislación que regía la contratación pública hasta antes del nuevo SNCP, estaba desactualizada y prestaba las facilidades para prácticas corruptas, por parte de los actores involucrados en las compras públicas, teniendo como único perjudicado al Estado y sus instituciones, responsables de administrar los fondos públicos utilizados para honrar las obligaciones surgidas de los contratos públicos.<sup>31</sup>

Es así que el principal sustento SNCP, es el uso de herramientas tecnológicas para la realización de los procedimientos de compras públicas; estableció un ente rector, que actualmente conocemos como el Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, Sercop); incorporó procedimientos dinámicos de contratación, eliminó ciertos elementos restrictivos para los oferentes del Estado y sus instituciones, como los pagos de inscripción para acceder a los pliegos de los concursos; suprimió la garantía de seriedad de la oferta, que anteriormente estaban obligados a presentar los participantes; recogió todo lo concerniente al RUP como base de datos exclusiva, a fin de promover la participación de la mayor cantidad de postulantes posibles; entre otros nuevos conceptos que complementaron el nuevo marco legal.<sup>32</sup>

Asimismo, la LOSNCP incorporó a su ámbito de aplicación, a entidades públicas y privadas que aun cuando administraban recursos públicos, estaban exentas de la aplicación de las leyes de contratación pública y de consultoría anteriores, rigiéndose por sus procedimientos específicos de contratación, dictados por sus propios órganos de gobierno y dirección; tal es el caso de las empresas de los sectores estratégicos como el petrolero, telefónico y eléctrico; y, de sociedades civiles públicas, como sucedía con las fundaciones y corporaciones,<sup>33</sup> creadas principalmente por los gobiernos autónomos descentralizados.

En la motivación para la promulgación de la LOSNCP y su reglamento, se consideró como factores esenciales la planificación e implementar políticas para la compra pública, reducir la discrecionalidad en las contrataciones, ahorrar recursos públicos, crear procedimientos dinámicos, procurar la igualdad de condiciones de participación, con especial atención a la producción nacional, para generar y mejorar la industria y el empleo, y la redistribución de la riqueza; sin embargo considerando el

---

<sup>31</sup> William López Arévalo, *Tratado de contratación pública*, t. I (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012), 33.

<sup>32</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 1.

<sup>33</sup> *Ibíd.*

objeto de análisis de la presente investigación, la mencionada ley aún mantiene aspectos limitantes de los objetivos antes mencionados, lo cual expondré en líneas posteriores.

### 3. Principios de la contratación pública

El artículo 4 de la LOSNCP establece los principios que rigen los *procedimientos de contratación pública y contratos administrativos* sometidos a la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública, los cuales de conformidad al artículo 5 deben ser observados en todos los procedimientos del SNCP. A continuación se analiza cada uno de los principios y su alcance.

#### 3.1. Legalidad

La *legalidad* es el principio sustancial y transversal de todo el Derecho Público, y en materia del presente estudio no es la excepción, porque las instituciones del Estado y sus empleados públicos solo pueden ejercer competencias atribuidas en la Constitución y la ley;<sup>34</sup> pues mientras no exista de por medio una norma que les atribuya potestades, y que establezca los procedimientos a seguir, están impedidas de ejercer actividad alguna.<sup>35</sup>

Para el doctor Efraín Pérez<sup>36</sup>, en el principio de legalidad el “[...] órgano público solamente puede actuar conforme a la norma positiva”. En el ámbito de la contratación pública, este principio es definido en el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador<sup>37</sup>, como “[...] la estricta sujeción y respeto a la Ley con la que deben operar todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública.” concepto que se traduce en la observancia y aplicación de las disposiciones que rigen cada uno de los procedimientos precontractuales y contractuales, las que además de la LOSNCP, se encuentran en su reglamento general de aplicación, en la codificación del Sercop;<sup>38</sup> y excepcionalmente, por aquellas disposiciones que se emitan desde otras instituciones habilitadas para emitir normativa secundaria, como es el caso

---

<sup>34</sup> López Arévalo, *Tratado de contratación pública*, t. I, 116.

<sup>35</sup> Jorge Zavala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Guayaquil: Edilex S.A., 2011), 455.

<sup>36</sup> Pérez, *Derecho Administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. 2 (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 294.

<sup>37</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador* (Quito: 2015), 38.

<sup>38</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 63.

de la Contraloría General del Estado, o el presidente constitucional vía decreto;<sup>39</sup> también debemos aplicar las normas de contratación pública que están en otras leyes y códigos, pero que se refieren expresamente a la materia, o en su defecto, que deben observarse de forma supletoria.

Sin perjuicio de lo anterior, no está por demás mencionar que, a partir de la expedición del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), hemos desarrollado un principio más amplio, el cual tiene un mayor alcance, sometiendo la actuación administrativa, además de la Constitución y la ley, a los instrumentos internacionales, a los principios y a la jurisprudencia.<sup>40</sup>

Este nuevo principio de *juridicidad* implica que la actuación administrativa debe observar el derecho en su conjunto, permitiendo a las administraciones públicas y a sus funcionarios, el cumplimiento de los fines encomendados, que se resumen en el *bien común*;<sup>41</sup> para lo cual ya no cuentan únicamente con normas constitucionales y legales, sino con todo un abanico de disposiciones contenidas en otras fuentes, permitiéndoles resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, valiéndose de medidas y decisiones razonablemente necesarias, aun cuando no se les hayan atribuido de forma expresa.<sup>42</sup>

### 3.2. Trato justo

El principio del *trato justo* responde al trato que la administración debe dar a cada uno de los participantes y considerando la definición del Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador:

[...] es el derecho que tienen todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, a que se le dé a cada quien lo que le corresponde, y establecer un equilibrio en la relación precontractual, contractual y de ejecución entre la entidad contratante y el proveedor, evitando que se perjudiquen los intereses del Estado, y evitando que los funcionarios públicos actúen con discrecionalidad o subjetividad. El trato justo propicia que la relación entre las partes se dé en términos transparentes, éticos y morales.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Dávila Castro, *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana*, 34.

<sup>40</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 14.

<sup>41</sup> Marco Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 8.

<sup>42</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 77. A criterio de este autor, así se encuentra establecido en el artículo 86 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

<sup>43</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador* (Quito: 2015), 38.

En otras palabras, su finalidad es obligar a toda administración con poder de adjudicación, para que ante situaciones similares, no se trate de forma diferente a los participantes, aplicando las mismas reglas de juego a todos,<sup>44</sup> salvo en lo correspondiente a especificaciones técnica exista una justificación objetiva y razonable para ello,<sup>45</sup> excepcionalidad que está prevista en nuestro ordenamiento.<sup>46</sup>

### 3.3. Igualdad

El doctor Marco Morales,<sup>47</sup> define dicho principio como: “[...] la manifestación de un precepto constitucional primigenio que radica en un tratamiento igual para situaciones iguales, proscribiendo en este contexto, discriminaciones de ningún tipo; en un sentido amplio en el procedimiento administrativo, todo administrado debe gozar del mismo trato.” Este principio obliga a las entidades contratantes a establecer las mismas condiciones de participación para los concursantes, pues lo contrario constituiría una discriminación injustificada, o un trato preferente carente de sustento legal y de naturaleza arbitraria,<sup>48</sup> que tendría como consecuencia perjudicar a unos oferentes en beneficio de otros.<sup>49</sup>

La igualdad en el campo de contratación pública debe verse y aplicarse como el trato que cada uno de los participantes debe tener por parte de la administración, referente a dicho principio el doctor Efraín Pérez en su libro de Derecho Administrativo, resalta que: “[...] no se pueden establecer diferencias entre los oferentes en un proceso contractual. Este principio enfatiza que los oferentes tienen igual condición entre ellos y ante la entidad pública contratante (máxima autoridad, comisión técnica), y ante la Ley para ser adjudicados tomando en cuenta la conveniencia de las ofertas y no de los oferentes.”<sup>50</sup>

Así a modo de ejemplo el citado tratadista señala que los oferentes deben ser oportunamente notificados con las decisiones de la Comisión Técnica, para cuyo efecto

---

<sup>44</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 85.

<sup>45</sup> Francisco Javier Escrichuela Morales, *La Contratación del Sector Público*, 4.ª ed. (Madrid: Editorial La Ley, 2012), 184.

<sup>46</sup> El último inciso del artículo 20 del reglamento de aplicación de la LOSNCP proscribe a las entidades contratantes que a través de los pliegos no se afecte el *trato justo e igualitario* que deben dar a todos los oferentes, salvo que exista una justificación funcional para aquello.

<sup>47</sup> Marco Morales Tobar, *Manual de derecho procesal administrativo*, 105.

<sup>48</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 85.

<sup>49</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 38.

<sup>50</sup> Pérez, *Derecho administrativo*, 294.

serán publicadas en el portal institucional, de las aclaraciones y alcances a los documentos precontractuales, en otro ejemplo menciona que es aplicar a todos los oferentes los mismos criterios de evaluación de las ofertas.

Los principios de trato justo e igualdad también están recogidos en otra importante ley de nuestro ordenamiento, como lo es la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado<sup>51</sup> y su reglamento de aplicación,<sup>52</sup> los cuales tipifican como conducta anticompetitiva, actos o conductas provenientes de otros *operadores económicos* (proveedores) o de compradores (entidades contratantes), que tengan por objeto afectar injustificadamente la libre competencia en compras públicas; y además se faculta a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a realizar el monitoreo de los procedimientos de contratación y subcontratación realizados por *agentes económicos* contratistas del Estado y sus instituciones.<sup>53</sup>

### 3.4. Calidad

La *calidad* es un principio de raigambre constitucional,<sup>54</sup> que procura que la complacencia de necesidades públicas, directa o indirectamente, se realice con obras, bienes y servicios de que cuenten con los mejores atributos para satisfacerlas.<sup>55</sup> La calidad debe ser tanto del gasto como de los objetos de contratación, lo cual dependerá de una adecuada elaboración de las *especificaciones técnicas* o *términos de referencia*, según corresponda, puesto que es en estos documentos precontractuales en los que deben constar los requisitos y parámetros que garanticen la aplicación de este principio, y además, durante la ejecución de los contratos y la entrega-recepción de sus objetos, será indispensable controlar su aptitud,<sup>56</sup> para así garantizar el cumplimiento de los fines de las contrataciones.<sup>57</sup>

Asimismo, en la calidad del *gasto* y del *objeto* de la contratación, inciden los estudios,<sup>58</sup> diseños completos, definitivos y actualizados, y/o los planos y cálculos,

---

<sup>51</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 11, nums. 6 y 21.

<sup>52</sup> Ecuador, *Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 697, 7 de mayo 2012, art. 8 num. 4 y art. 41.

<sup>53</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 65-6.

<sup>54</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, art. 288.

<sup>55</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 66.

<sup>56</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 116-7.

<sup>57</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 39.

<sup>58</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 23.

según la naturaleza de cada contratación, porque son los que sirven de sustento para la elaboración de las especificaciones técnicas o términos de referencia que formarán parte del pliego respectivo, incluido el presupuesto referencial; por lo que resultan esenciales para que los proveedores conozcan de forma clara y precisa, lo que la entidad contratante solicita y el precio estimado; justificándose por ello la posibilidad de que se contraten consultores, para que elaboren cualquiera de los instrumentos mencionados, cuando el caso así lo amerite según la especialidad y tecnicidad.<sup>59</sup>

Según el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador,<sup>60</sup> este principio “[...] debe ser una vía a través de la cual la entidad contratante debe garantizar calidad tanto del gasto público, al realizarse en forma eficiente y eficaz, como el objeto de contratación, al cumplir con los estándares que garanticen de la mejor manera el cumplimiento de los objetivos que persiga dicha contratación”. Este principio, responde entonces, al producto óptimo que debe ser recibido por la institución pública contratante y a la obligación que tiene el proveedor de entregarlo en óptimas condiciones, a fin de garantizaría el gasto público.

La calidad además de ser un principio rector de las compras públicas, se constituye en uno de los objetivos del SNCP, que se articula con la planificación nacional e institucional,<sup>61</sup> lo cual analizaremos posteriormente.

### **3.5. Vigencia tecnológica**

La *vigencia tecnológica* de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la codificación del SERCOP constituye la prestación de servicios en los que se contempla el uso de los bienes específicos señalados en dicha resolución, a fin de que estos reúnan las condiciones de calidad necesarias para cumplir de manera efectiva la finalidad requerida, desde el momento de su adquisición hasta un tiempo determinado y previsible de vida útil, con la posibilidad de adecuarse, integrarse, repotenciarse y reponerse; es decir que este principio pretende garantizar la utilización de bienes, sean estos adquiridos o arrendados, que cuenten con tecnología de punta, que permita la

---

<sup>59</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 97-8.

<sup>60</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 39

<sup>61</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 117.

prestación de servicios públicos de forma efectiva y eficiente.<sup>62</sup> Para ello además deberá observarse la normativa secundaria que regula este precepto.<sup>63</sup>

El principio de vigencia tecnológica también comprende lo relativo a los mantenimientos preventivos y correctivos de los bienes, a sus garantías técnicas, su repotenciación, las reposiciones temporal y definitiva, la provisión de repuestos, partes, accesorios y piezas; asistencia técnica y tiempos de respuesta, y su disposición final luego de concluida la vida útil, que incluye la posibilidad de recompra o de entregarlos como parte de pago, entre otros aspectos más.<sup>64</sup>

### 3.6. Oportunidad

El Código Orgánico Administrativo, en el artículo 3 señala que el principio de eficacia responde a:

Las actuaciones administrativas que se realizan en función del cumplimiento de los fines previstos para cada órgano o entidad pública en el ámbito de sus competencias”; así también establece en el artículo 4, que en el principio de eficiencia “Las actuaciones administrativas aplicarán las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas. Se prohíben las dilaciones o retardos injustificados y la exigencia de requisitos puramente formales.

Considerando dichos conceptos, el principio de *oportunidad* en materia de contratación pública, podría asimilarse a la *eficiencia* y *eficacia* que deben observar las administraciones públicas en general, ya que mediante la realización de los procedimientos de compras públicas, se procura satisfacer las necesidades de las entidades contratantes, por lo que su ejecución debe hacerse con la agilidad que cada caso amerita.<sup>65</sup>

Este principio establece la necesidad de actuar con celeridad, con el objetivo de satisfacer el *interés general*, en el menor tiempo posible y de forma óptima. La contratación pública oportuna depende también de los diferentes oferentes, quienes tienen la obligación de participar e interactuar con las entidades contratantes, a fin de

---

<sup>62</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 66.

<sup>63</sup> Mediante decreto 1515 de 15 de mayo de 2013, se emitieron las disposiciones sobre la vigencia tecnológica, tanto para la adquisición y arrendamiento de bienes, como para la prestación de servicios. En el mismo sentido, deberán observarse las disposiciones que constan en la codificación de resoluciones del Sercop.

<sup>64</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 67-74.

<sup>65</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 39.

evitar la falta de presentación o el incumplimiento de requisitos;<sup>66</sup> y a mi criterio personal, impedir la posibilidad de futuras terminaciones de los contratos, sea por consenso, judicial o unilateralmente, ya que los únicos perjudicados siempre serán los ciudadanos, que directa o indirectamente, son los destinatarios de los beneficios sociales.

En este punto es importante mencionar que, si bien la normativa del SNCP buscó simplificar la contratación pública, mediante el uso de las herramientas del portal de compras públicas,<sup>67</sup> implementando procedimientos dinámicos, reduciendo términos y plazos, permitiendo la subsanación de errores de forma, entre otros aspectos más;<sup>68</sup> sin duda alguna considero que los escándalos de sobrepuestos, coimas, actos colusorios y las contrataciones dirigidas realizadas durante la vigencia de dicha normativa, han revivido el debate sobre la necesidad de reincorporar los informes previos que emitían la contraloría y procuraduría generales del Estado, como medios idóneos para reducir el riesgo y las irreparables consecuencias de la corrupción.<sup>69</sup>

### 3.7. Concurrencia

La *concurrencia* es un principio que según el doctor Efraín Pérez:

“[...] se manifiesta en el requerimiento del mayor número posible de participantes y de oferentes [...] pues mientras más ofertas se presenten es más probable encontrar la más conveniente. Inclusive en los procedimientos de excepción se busca que exista un proceso mínimo selectivo. No es la intención del legislador adjudicar a una marca, sino más bien que, de acuerdo a los parámetros previos estipulados en las bases, se cumplan con especificaciones técnicas, legales y económicas que permitan elegir entre varias alternativas [...]”<sup>70</sup>.

Entonces la participación del mayor número de concursantes a los procedimientos convocados por las instituciones del sector público permite la promoción de la competencia en materia de contratación pública, y esto a su vez permite a las administraciones públicas, la elección de las ofertas más convenientes.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 122-4.

<sup>67</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 39.

<sup>68</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 75.

<sup>69</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 124-5.

<sup>70</sup> Pérez, *Derecho administrativo*, 298.

<sup>71</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 39.

Por el contrario, cuando el número de participantes es reducido, disminuyen las posibilidades de las entidades contratantes de elegir propuestas convenientes a los intereses nacionales e institucionales.<sup>72</sup> Asimismo este precepto prohíbe que se establezcan condiciones restrictivas o arbitrarias para el acceso a las convocatorias,<sup>73</sup> lo que trae como lógica consecuencia, la posibilidad de elegir a los mejores contratistas que aseguren el cumplimiento de los contratos.<sup>74</sup>

Como lo habíamos mencionado antes, la concurrencia se relaciona directamente con los principios de igualdad y trato justo, ya que permite que todos los postores que se encuentren en una misma situación, tengan la misma posibilidad de participar y ser elegidos como posibles contratistas; y, que aquellos que se hubieren sometido a las reglas de participación de un determinado procedimiento precontractual, se sujeten a los pliegos en iguales condiciones, sin que se establezcan preferencias que les favorezcan, o subjetividades que les perjudiquen.<sup>75</sup>

Por último, hay autores que consideran que este principio no es absoluto, encontrándose limitado por la posibilidad de que exista una justificación objetiva y razonable que impida aplicar un trato justo e igualitario; por determinadas disposiciones del régimen común y del régimen especial, o por el propio principio de participación nacional que analizaremos ulteriormente.<sup>76</sup>

### **3.8. Transparencia y publicidad**

La *transparencia* es un principio consagrado en nuestra Constitución; en el artículo 12 del Código Orgánico Administrativo, se define a dicho principio así: “Las personas accederán a la información pública y de interés general, a los registros, expedientes y archivos administrativos [...]”. En materia de contratación pública se traduce en la utilización del portal de compras públicas, para la realización de procedimientos imparciales, honestos y justos; constituyéndose así en una estrategia para eliminar la corrupción del Estado y sus instituciones;<sup>77</sup> así como de los oferentes,

---

<sup>72</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 75.

<sup>73</sup> Dromi, *Derecho administrativo*, t. I, 628.

<sup>74</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 39.

<sup>75</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 111-4.

<sup>76</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 114-6.

<sup>77</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 39.

ya sea individualmente, en contubernio con otros postulantes, o con la complicidad de servidores públicos.<sup>78</sup>

Además cumple otra función, ya que permite que los ciudadanos, conozcan del quehacer de las entidades contratantes, a través de la información que es publicada tanto en las páginas institucionales, como en el portal de compras públicas, salvo aquellos casos en los que se hubiere impuesto un límite por razones de reserva o confidencialidad que se encuentren debidamente tipificados y justificados.<sup>79</sup>

Como complemento a la transparencia tenemos el principio de *publicidad*, que permite el seguimiento del desarrollo de cada una de las etapas de los procedimientos precontractuales, así como de la información que se ha generado como consecuencia de su realización; para lo cual será fundamental, que se haya publicado la documentación que establece la normativa secundaria del SNCP; lo que permite el acceso de todos los interesados en conocer tales archivos.<sup>80</sup>

Para el cabal cumplimiento de la publicidad, el reglamento general<sup>81</sup> de la LOSNCP y la codificación del SERCOP,<sup>82</sup> establecen de forma taxativa la información y documentación que deberá ser divulgada en el portal de compras públicas;<sup>83</sup> con las salvedades que se encuentran previstas en el propio ordenamiento,<sup>84</sup> como en el caso de las contrataciones relativas a la seguridad interna y externa (confidencialidad y reserva); de las contrataciones que impliquen actividades empresariales o estratégicas (sigilo comercial y de estrategia); y otros casos más según la política de confidencialidad y protección de datos del SERCOP.<sup>85</sup>

Para el doctor Efraín Pérez: “La transparencia autoriza a todos los interesados para acceder a la documentación precontractual y de ejecución del contrato en cualquier

<sup>78</sup> Bonilla Guerrero, “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, 57-8. La autora menciona como casos de corrupción proveniente del sector privado: la colusión, la extorsión, el lavado de activos (blanqueo de capitales), y la creación de personas jurídicas con fines contrarios a la ley.

<sup>79</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 107.

<sup>80</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 39-40.

<sup>81</sup> Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 13.

<sup>82</sup> Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*. Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, arts. 11 a 19.

<sup>83</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 77.

<sup>84</sup> Bonilla Guerrero, “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, 58.

<sup>85</sup> Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, arts. 11, 26 y 87.

momento. Y en lo referente al principio de publicidad, señala que “La etapa precontractual de la contratación pública debe caracterizarse por su libre acceso al público [...]”<sup>86</sup>

### 3.9. Participación nacional

La *participación nacional*, además de ser un principio es un objetivo de la contratación pública, que procura la dinamización de la producción local y nacional, implementando mecanismos de fomento e incentivos, aplicando *márgenes de preferencia* y determinados *criterios de contratación preferente*; destacándose la participación de micro, pequeños y medianos productores nacionales, así como del sector de la economía popular y solidaria,<sup>87</sup> que prevalecen por sobre otros concursantes nacionales,<sup>88</sup> y sobre los posibles proveedores extranjeros.<sup>89</sup>

Este principio constitucional y legal, conforme lo señala el tratadista Efraín Pérez, “[...] es una excepción al principio de igualdad puesto que dispone la preferencia de bienes y servicios locales sobre aquellos del extranjero”,<sup>90</sup> constituyendo además un instrumento de política pública, ya que contribuye a una mejor cohesión económica y social, al permitir que las Mipymes y los AEPS se superen desventajas competitivas en relación a empresas consolidadas.<sup>91</sup>

La participación nacional también acoge a los consultores nacionales, y les da preferencia respecto a los extranjeros, quienes únicamente pueden participar en aquellos casos en los que no exista capacidad técnica o experiencia de consultores ecuatorianos, situación que deberá certificarse por parte del ente rector de la contratación pública.<sup>92</sup>

En conclusión, considero que el derecho ya sea de manera general o específica por sus materias, se rige por principios que deben ser aplicados, pues su inobservancia podría desembocar en arbitrariedades por parte del Estado y sus instituciones; el no acatamiento a la norma volvería inaplicable el Derecho Administrativo y a la *contratación pública* que forma parte de aquel, porque estaríamos sometidos

---

<sup>86</sup> Pérez, *Derecho administrativo*, 296.

<sup>87</sup> En adelante Mipymes y AEPS.

<sup>88</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 40.

<sup>89</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 77.

<sup>90</sup> Pérez, *Derecho administrativo*, 295.

<sup>91</sup> Inés María Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, (Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015), 141.

<sup>92</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 100.

únicamente a la voluntad de las autoridades y no a la observancia de la ley. De ahí deviene entonces la necesidad de atender y aplicar los principios propios del derecho, y de cada una de las materias que este regula.

En el capítulo tercero analizaré la aplicación de los principios previstos en la LOSNCP, en el régimen especial de contratación interadministrativa con empresas públicas y estatales nacionales.

#### **4. Objetivos de la contratación pública ecuatoriana**

El artículo 9 de la LOSNCP establece cuáles son los objetivos que persigue el Estado con la implementación del Sistema Nacional de Contratación Pública, los que están relacionados con los principios que hemos expuesto en líneas anteriores. De este modo, procuré agrupar y resumir los objetivos según su afinidad.

##### **4.1. Planificación y calidad del gasto<sup>93</sup>**

Los objetivos del SNCP se caracterizan por cuanto se articulan y complementan recíprocamente; y además, porque guardan una estrecha relación con los principios de dicho sistema. Debemos destacar que aquellos objetivos pretenden sintonizar la contratación pública con los objetivos esbozados en el Plan Nacional de Desarrollo,<sup>94</sup> a fin de que haya una adecuada inversión de recursos públicos asignados por el Estado a todas las entidades del sector público.<sup>95</sup> En compras públicas, esto se materializa en el Plan Anual de Contratación (en adelante PAC), instrumento en el que se organizan y priorizan las necesidades de las instituciones estatales contratantes.<sup>96</sup> Su contenido debe ajustarse a lo establecido en el artículo 26 del RGLOSNCP, debiendo incluir al menos:

- a) “Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal;
- b) La descripción de los objetos de las contrataciones para que se encuentren identificadas las obras, bienes y servicios a contratarse;
- c) Los presupuestos estimativos de los bienes, servicios u obras a contratar; y,

---

<sup>93</sup> Objetivos 1, 8 y 9 del art. 9 de la LOSNCP.

<sup>94</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 22.

<sup>95</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, art. 280.

<sup>96</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 40.

d) El cronograma de implementación del Plan.

Este PAC inicial anual, puede ser modificado por las entidades contratantes durante el transcurso del año fiscal, para lo cual deberán seguir el mismo procedimiento adoptado para su aprobación; esto es, mediante la expedición de un acto administrativo que debe publicarse en el portal de compras públicas.<sup>97</sup>

Las únicas contrataciones que pueden excluirse del PAC, son aquellas contrataciones de emergencia, por su imprevisibilidad; las de ínfima cuantía, las que correspondan a seguridad interna y externa, las que pudieren afectar el sigilo comercial y de estrategia empresarial; y, otras según la política de confidencialidad del ente rector de la contratación pública.<sup>98</sup>

El complemento ideal de una adecuada planificación y una calidad en el gasto, lo constituye la innovación de los procedimientos precontractuales, que mediante el uso del portal de compras públicas, resultan más ágiles, eficientes, transparentes, públicos y actuales; de tal forma que están abiertos al control no solamente de los órganos públicos, sino de los propios proveedores y de la ciudadanía en general.<sup>99</sup>

#### 4.2. Concurrencia de oferentes y selección de contratistas aptos<sup>100</sup>

Otros objetivos del SNCP buscan incentivar y garantizar la participación de oferentes confiables y competitivos en el SNCP, así como asegurar la correcta ejecución de los contratos; con el objetivo de que el Estado y sus instituciones puedan cumplir con sus fines de servicio a la colectividad.<sup>101</sup>

Empero hay que considerar que la libre concurrencia de los aspirantes a contratistas del Estado no es absoluta y tiene limitaciones que no pretenden discriminar, sino por el contrario buscan garantizar el interés público, mediante la selección de aquellos postulantes que cuenten con la experiencia requerida, la solvencia económica y

---

<sup>97</sup> Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 26.

<sup>98</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 96-7.

<sup>99</sup> Bonilla Guerrero, “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, 46-7.

<sup>100</sup> Objetivos 2 y 11 del art. 9 de la LOSNCP.

<sup>101</sup> Víctor Escartín Escudé, “Principios Generales de la Contratación Pública”, en José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública* (Madrid: Iustel, 2009), 506.

financiera suficiente, y la capacidad técnica y profesional adecuada para la ejecución de los contratos públicos.<sup>102</sup>

Cuando las entidades estatales contratan a proveedores aptos, aseguran la correcta ejecución de los contratos y la aplicación efectiva de las normas legales y contractuales; llevando la relación contractual a un beneficio recíproco entre las partes, ya que aquellas habrán satisfecho sus necesidades, y los últimos tendrán derecho a recibir su contraprestación económica.<sup>103</sup> Sin embargo vale decir que, es la respectiva institución pública la que decide si un contratista ha cumplido o no a cabalidad con el objeto del contrato, según sus estipulaciones.<sup>104</sup>

#### **4.3. Transparencia en la contratación pública<sup>105</sup>**

La transparencia es otro de los objetivos del SNCP, cuya intencionalidad es que la ciudadanía tenga acceso la información pública y de interés general, y en consecuencia motivar una mayor participación en el seguimiento y vigilancia de los procedimientos precontractuales, sin perjuicio de la intervención de los órganos de control legalmente facultados para vigilar la gestión administrativa y el gasto público.

A criterio del SERCOP, la transparencia en compras públicas debe abarcar todo el ciclo de las contrataciones, destacándose la evaluación y gestión de los contratos provenientes de aquellas; porque es un mecanismo de prevención y detección idónea de actos de corrupción, principalmente de aquellos que tengan relación con en el mal uso de los recursos públicos.<sup>106</sup>

En mi opinión, este objetivo se materializa con el pleno ejercicio de las atribuciones de inherentes a la Contraloría General del Estado, a quien le corresponde verificar si los procedimientos precontractuales se ajustaron a las disposiciones contenidas en la normativa principal y secundaria del SNCP; teniendo incluso como atribución, la obligación de examinar la calidad del gasto.

---

<sup>102</sup> García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, t. 1, 763-4.

<sup>103</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 459.

<sup>104</sup> William López Arévalo, *Tratado de contratación pública*, t. II (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012), 350.

<sup>105</sup> Objetivos 3, 7 y 10 del artículo 9 de la LOSNCP.

<sup>106</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, 41.

Respecto del impulso a *participación social* a través de procesos de veeduría ciudadana, es un derecho de raigambre constitucional,<sup>107</sup> recogido por el Código Orgánico Administrativo y previsto en la LOSNCP pero no desarrollado,<sup>108</sup> porque dispuso que en el reglamento general se establezcan tales mecanismos, pero si revisamos el RGLOSNC, no encontraremos ninguna disposición relativa a *veedurías ciudadanas* de compras públicas. Mientras que en el caso de la codificación del SERCOP, únicamente tenemos un par de casos en los que podría considerarse una *participación ciudadana*, particularmente en temas de alimentación escolar y de medicamentos, en los que se permite la conformación de consejos consultivos.<sup>109</sup>

Como consecuencia de lo mencionado, cualquier otra veeduría ciudadana en compras públicas, tendrá que observar lo que dispone la legislación relativa a la participación ciudadana y control social en general; por lo que a mi juicio la participación social como objetivo del SNCP es de nulo desarrollo, con excepción de la Comisión Nacional Corrupción, que es una iniciativa de la sociedad civil, pero que no constituye una institución como tal, sino una organización de hecho, sin oficinas, financiamiento ni personal,<sup>110</sup> lo que hace incierta su existencia. No obstante considero que la participación ciudadana resulta de extrema importancia, particularmente en todos aquellos procedimientos que cuentan con un número limitado de participantes, y de aquellos en los que se realiza de forma *directa*, entre los cuales se encuentra la contratación con empresas públicas y estatales.

Como corolario, la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público, depende de la actuación de los órganos competentes dentro de sus respectivos ámbitos, los cuales son de variada índole, empezando por el SERCOP, la Procuraduría y Contraloría generales de Estado, las superintendencias de Compañías, Valores y Seguros; de Bancos; de Economía Popular y Solidaria, de Control de Poder del Mercado; y, la Secretaría Técnica de Transparencia y Lucha contra la Corrupción del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social,

---

<sup>107</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, art. 61, num. 2.

<sup>108</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 10. Establece que las personas deben presentarse e influir en cuestiones que sean de interés general, según los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico; Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 9, num. 7.

<sup>109</sup> Ecuador, *Codificación y Actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, art. 2 num. 18 y 19.

<sup>110</sup> Fermín Vaca Santacruz, “No hay crisis en la Comisión Anticorrupción: Germán Rodas”, 20 de julio de 2019, párr. 2, <https://www.planv.com.ec/historias/entrevistas/no-hay-crisis-la-comision-anticorrupcion-german-rodas>.

entre otros más que suelen tener cierta existencia temporal, y que en algunos casos responden a circunstancias coyunturales o políticas.<sup>111</sup> Estas instituciones tienen el deber de coordinar y complementarse en su accionar para cumplir con sus objetivos, y consecuentemente hacer efectivo los derechos constitucionales y legales;<sup>112</sup> que en la materia de estudio, en mi opinión, se subsumen en el *interés general*

#### 4.4. Preferencia de la producción nacional<sup>113</sup>

Hay objetivos del SNCP que centran su finalidad en hacer de la contratación pública un mecanismo dinamizador de la producción nacional, promoviendo una mayor participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas; y estableciendo preferencias a nivel constitucional y legal, con el fin de incentivar su crecimiento mediante la asignación de recursos provenientes de los contratos estatales.

En la actualidad resulta indiscutible que la contratación pública en cualquier país del mundo tiene un gran impacto, y la ecuatoriana no es la excepción, debido a que una buena parte del presupuesto general del Estado se destina a las compras de las instituciones estatales,<sup>114</sup> de tal forma que mediante la implementación de políticas públicas por parte del Estado, se ha buscado promover el desarrollo económico, no solamente privilegiando a los oferentes nacionales frente a los extranjeros, sino inclusive privilegiando a los artesanos, Mipymes y AEPS, respecto de las grandes empresas nacionales.<sup>115</sup>

A manera de ejemplo de esta política pública de *preferencia*, podemos mencionar el caso del *catálogo electrónico inclusivo*, herramienta del SNCP que permite el registro de bienes y servicios normalizados provenientes de micro y pequeñas empresas, artesanos y AEPS, para su contratación directa por parte de las entidades

---

<sup>111</sup> Podemos mencionar el caso de la Secretaría Nacional Anticorrupción, creada en su momento mediante decreto ejecutivo 122 de 16 de febrero de 2007, publicado en el Registro Oficial 31 de 1 de marzo de 2007. Posteriormente se creó La Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión, mediante decreto ejecutivo 450 de 15 de septiembre de 2014, publicado en el Registro Oficial Suplemento 343 de 29 de septiembre de 2014; suprimida mediante decreto ejecutivo 985 de 14 de abril de 2016, publicado en el Registro Oficial 742 de 27 de abril de 2016. Finalmente con decreto ejecutivo 665, de 6 de febrero del 2019, publicado en el Registro Oficial Suplemento 440 de 6 de marzo de 2019, se creó la actual Secretaría Anticorrupción de la Presidencia de República.

<sup>112</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, art. 226; Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, arts. 9 y 26.

<sup>113</sup> Objetivos 4 y 5 del art. 9 de la LOSNCP.

<sup>114</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 1.

<sup>115</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 77-8.

contratantes.<sup>116</sup> Así también, otro mecanismo de contratación preferente es la *feria inclusiva*, procedimiento utilizado por las entidades contratantes, para contratar obras, bienes y servicios de producción nacional, en el que únicamente pueden participar, los productores individuales, las organizaciones de la economía popular y solidaria, las unidades económicas populares, los artesanos, y micro y pequeñas unidades productivas.<sup>117</sup> Sin embargo, de mi experiencia en este tipo de procesos, debido a las excesivas condiciones y requisitos para su ejecución, como la organización de un evento público, la coordinación de fechas y del lugar en el que las entidades contratantes presentan sus demandas de bienes y servicios, a mi criterio resultan engorrosos, provocando que las instituciones públicas prefieran utilizar otros procesos del SNCP.

A pesar de estas preferencias normativas, las cifras que presenta el propio ente rector de las compras públicas en su portal institucional, muestran que cerca del 40% de las contrataciones siguen siendo adjudicadas a las grandes empresas,<sup>118</sup> lo que en mi concepto demuestra que no se están cumpliendo objetivos de dinamización nacional y de participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas, aun cuando ya ha transcurrido más de una década de su implementación y aplicación.

#### 4.5. Políticas de compras públicas<sup>119</sup>

Para conseguir la materialización del anhelado *buen vivir*, el Estado debe encaminar sus esfuerzos en producir bienes, edificar y mantener obras públicas, prestar adecuados servicios públicos, y fomentar el desarrollo de actividades económicas; acciones que se relacionan con la competencia en el mercado y la contratación pública, siendo estos los principales instrumentos para que los ciudadanos elijan y accedan a bienes y servicios de calidad, y para que se beneficien de una adecuada infraestructura pública.<sup>120</sup>

Dentro del ámbito de esta investigación, las *políticas públicas* deben enfocarse en agregarle valor a la actual manufactura de materia prima, y a la disminución de

---

<sup>116</sup> Ecuador, *Codificación y Actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, art. 225.

<sup>117</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 6, num. 13 y art. 59.1.

<sup>118</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 2-3.

<sup>119</sup> Objetivo 6 del art. 9 de la LOSNCP.

<sup>120</sup> Bonilla Guerrero, “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, 40-1.

importaciones de mercancías terminadas, para remplazarlas con producción ecuatoriana, que incluyan componentes nacionales; razones por las que, al invertirse cerca del 40% del Presupuesto General del Estado en compras públicas, debe fortalecerse la observancia de la normativa del SNCP, con enfoque en la *participación nacional* y la *producción ecuatoriana*, a fin que la contratación con oferentes extranjeros sea excepcional, y que las adjudicaciones se den a nuestros propios proveedores; lo que nos permitiría avanzar en la redistribución de la riqueza, la reducción de la pobreza y las desigualdades sociales.<sup>121</sup>

En el caso de las *compras públicas oportunas*, habíamos mencionado que estas tienen una doble dimensión, la primera y previa que consiste en una adecuada planificación de las necesidades institucionales, que se reflejará en el PAC elaborado al inicio de cada ejercicio fiscal; y, una segunda y posterior, que consiste en la ejecución sucesiva de ese plan según el cronograma establecido; dimensiones que en su conjunto se traducen en un oportuno aprovisionamiento de bienes, prestación de servicios, y construcción de obra pública, para lo cual será necesario que se articulen todas las instancias a nivel interno, así como también con algunas instancias que dependen de otras administraciones públicas.<sup>122</sup>

Con el anterior ordenamiento jurídico de contratación pública, las compras de las entidades estatales estaban alejadas del uso de herramientas tecnológicas, se sometían a exagerados trámites burocráticos en diversas instituciones, –a criterio de Pablo Dávila– había poco interés en participar de parte de concursantes que iniciaban en sus actividades, debido al pago previo por los pliegos, al sometimiento a gastos innecesarios, y a la presentación de variada y repetitiva documentación; todo lo cual además podía diferir entre las diferentes instituciones contratantes;<sup>123</sup> situación que no solo afectaba a los oferentes, sino además la gestión de los empleados públicos.

En mi apreciación, la creación del SNCP implicó el uso de las tecnologías de la información y comunicación, a fin de incorporar herramientas que permitan agilizar, simplificar y adecuar los procedimientos precontractuales para contratación de obras, bienes y servicios de forma oportuna, para satisfacer las distintas necesidades del Estado y sus instituciones, acorde a las políticas públicas del Estado.

---

<sup>121</sup> Paúl Córdova Vinuesa, *Corrupción e impunidad en la contratación pública*, t. 1 (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 48.

<sup>122</sup> Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 133.

<sup>123</sup> Dávila Castro, *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana*, 30-1.

Para la ejecución oportuna de las contrataciones, corresponde a la entidad contratante, el cumplimiento y seguimiento de lo proyectado en el Plan Anual de Contratación, para lo cual deberá contar con los recursos públicos que respalden las obligaciones de los contratos, los estudios actuales, completos y definitivos, la elaboración de los pliegos con la debida antelación, y aplicar el procedimiento de contratación que garantice el *mejor costo* previsto en la ley, según la naturaleza de la contratación. En mi opinión, la inadecuada planificación o ausencia de ella, provoca que las instituciones estatales, realicen contrataciones directas, injustificadas en cuanto a cantidad, calidad y precio, afectando los intereses institucionales tanto en su gestión como en la utilización de fondos públicos; pero sobre todo desatendiendo los principios y objetivos que rigen al SNCP.<sup>124</sup>

---

<sup>124</sup> Ver el número 3.2 del capítulo segundo.



## Capítulo segundo

### Las empresas públicas nacionales

#### 1. Antecedentes históricos<sup>125</sup>

La aparición de las empresas estatales data del siglo XIX, como consecuencia de las expropiaciones de empresas de ferrocarriles realizadas por varios gobiernos europeos, lo que posteriormente se acentuó con el apogeo del socialismo, debido a que en el periodo de posguerra en países como Francia e Inglaterra se confiscaron industrias, surgiendo así el Estado empresario, y el inicio de sus actividades productivas; proceso que paulatinamente fue revertido a través de privatizaciones. En Latinoamérica las empresas públicas surgieron en las décadas 60 y 70 del siglo XX, en países como Brasil, México y Argentina, en los que se nacionalizaron una gran cantidad de industrias, que posteriormente fueron privatizadas en los años 80 y 90.<sup>126</sup>

En el Ecuador, las primeras sociedades estatales datan del año 1946, fecha en la que se crearon la Empresa de Ferrocarriles del Estado, bajo la denominación de *The Guayaquil and Quito Railway Company*, y la Empresa de Abonos del Estado.<sup>127</sup> En 1949 aparece la Empresa de Teléfonos de Quito; en 1958 encontramos a las empresas de Radio y de Telégrafos del Estado; mientras que en 1965 surge la Empresa de Alcoholes del Estado.<sup>128</sup> La primera empresa de las señaladas actualmente se denomina Ferrocarriles del Ecuador Empresa Pública (FEEP, por sus siglas), sucesora de la extinta Empresa de Ferrocarriles Ecuatorianos,<sup>129</sup> que actualmente presta el servicio público de transporte de pasajeros, y otros servicios complementarios como el transporte para pasajeros turísticos y de carga.<sup>130</sup> La empresa de abonos fue creada para aprovechar el

---

<sup>125</sup> Resulta necesario aclarar que el desarrollo de este capítulo concierne a las empresas públicas del sector no financiero, porque la creación de entidades del sector financiero público, conocidas como banca pública, se somete a las disposiciones del Código Orgánico Monetario y Financiero.

<sup>126</sup> Efraín Pérez, *Derecho administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. 2 (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 175.

<sup>127</sup> *Ibíd.*, 177.

<sup>128</sup> Fernando Teodoro González Calle, *Las empresas públicas en el Ecuador*, (Universidad de Cuenca, 2017), 20, <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/27275/1/Libro%20Empresas%20P%C3%BAblicas.pdf>.

<sup>129</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 313*, Registro Oficial 179, 26 de abril de 2010, considerando tercero.

<sup>130</sup> *Ibíd.*, art. 2 num. 3 y art. 3.

*guano*<sup>131</sup> de las costas de lo que actualmente constituye la provincia de Santa Elena, teniendo como objetivo la generación de recursos económicos, lo cual no sucedió, siendo liquidada en la década de los 90.<sup>132</sup>

Fue en la década de los 70 –como nos menciona el autor Fernando González– en la que aparecieron la mayoría de las empresas estatales ecuatorianas, época en la que gobernaba la dictadura militar del general Guillermo Rodríguez Lara, entre las más destacadas tenemos el Instituto Ecuatoriano de Electrificación,<sup>133</sup> que tenía por objeto la prestación el servicio público de energía eléctrica; la Corporación Estatal Petrolera del Ecuador,<sup>134</sup> encargada de los hidrocarburos, la que se transformó en lo que conocemos actualmente como Petroecuador<sup>135</sup> y Petroamazonas<sup>136</sup> –y que actualmente se encuentran nuevamente en proceso de fusión–;<sup>137</sup> el Instituto Ecuatoriano de Telecomunicaciones,<sup>138</sup> encargado de las telecomunicaciones; además de las empresas Transportes Navieros Ecuatorianos y la Flota Petrolera Ecuatoriana;<sup>139</sup> y en materia de aviación fue nacionalizada la empresa Ecuatoriana de Aviación. Así mismo tenemos la Empresa Nacional de Productos Vitales,<sup>140</sup> creada para la comercialización de productos de primera necesidad; y, para el almacenamiento de productos agrícolas se constituyó la Empresa Nacional de Almacenamiento y Comercialización de Productos Agropecuarios y Agroindustriales.<sup>141</sup> Pero la mayor parte de estas fueron ineficientes, porque únicamente respondían a intereses particulares, puntuales o coyunturales, sin un plan o proyecto de por medio;<sup>142</sup> replanteándose la idea de *estado empresario*, modelando un nuevo sistema económico orientado al *libre mercado*, y dentro de esta nueva ideología se expidió la Ley de Modernización del Estado Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada,<sup>143</sup> con la que se pretendía disminuir el tamaño del Estado, encaminando la privatización de las empresas públicas nacionales.

---

<sup>131</sup> Nos referimos al excremento de aves marinas, que se acumula en las costas y en islas del océano Pacífico, y que se utiliza como abono para la agricultura.

<sup>132</sup> Pérez, *Derecho administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed. v. 2, 177.

<sup>133</sup> Inecel por sus siglas.

<sup>134</sup> Conocida como CEPE.

<sup>135</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 315*, Registro Oficial 171, Suplemento, 14 de abril de 2010.

<sup>136</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 314*, Registro Oficial 171, Suplemento, 14 de abril de 2010.

<sup>137</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 723*, Registro Oficial 483, Suplemento, 8 de mayo de 2019.

<sup>138</sup> Denominada en su momento IETEL.

<sup>139</sup> Transnave y Flopec por sus siglas.

<sup>140</sup> Conocida durante muchos años como Enprovit.

<sup>141</sup> Denominada ENAC.

<sup>142</sup> González Calle, *Las empresas públicas en el Ecuador*, 22.

<sup>143</sup> Ecuador, *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*, Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.

En el caso de la empresa Ecuatoriana de Aviación, fue adquirida por LAN Ecuador asumiendo las rutas nacionales en las que operaba; pero en el caso de Enprovit y ENAC fueron extintas por ser deficitarias y no cumplir con sus finalidades. IETEL se transformó en su sucesora Empresa Estatal de Telecomunicaciones (Emetel S.A.), subsiguientemente dividida en las empresas Pacifictel S.A. y Andinatel S.A., separación que se produjo con el fin de facilitar la venta a inversionistas extranjeros, intención que fracasó y que provocó que nuevamente se fusionaron bajo el nombre de Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT S.A., la que a su vez se transformó en empresa pública; al igual que otras empresas como Flopec EP y Transnave EP; las que paulatinamente adoptaron dicha forma cuando entró en vigencia la Ley Orgánica de Empresas Públicas.<sup>144</sup>

Además de los servicios y empresas mencionadas, en el Ecuador el Estado se había involucrado con una diversidad de actividades económicas, mediante sociedades mercantiles creadas para la administración de sectores productivos como ingenios azucareros, cementeras, entre otros más; a lo que habría que agregarle otras empresas estatales de servicios públicos como agua potable, alcantarillado, saneamiento y los demás de similar naturaleza.<sup>145</sup>

También es importante mencionar las condiciones de las empresas estatales con la Constitución de 1998,<sup>146</sup> y su situación ulterior una vez que entró en vigencia de la Constitución de 2008. En aquella carta fundamental, si bien se refería expresamente a que los recursos naturales no renovables podían ser explotados por empresas públicas, no se expidió una ley que regule su constitución, organización, funcionamiento, y otros aspectos adicionales como la fusión, escisión, disolución y liquidación; situación que se produjo porque optaron por la constitución de sociedades mercantiles, que como cualquier otra persona jurídica privada, se sujetaban a la Ley de Compañías y al control y vigilancia de la respectiva superintendencia;<sup>147</sup> mientras que en octubre de 2009 al haberse promulgado la Ley Orgánica de Empresas Públicas (en adelante, LOEP), pasaron a someterse a esta todas las sociedades estatales creadas por las instituciones

---

<sup>144</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 5 inc. antepenúltimo. Dispone que las empresas públicas se identificarán con las siglas EP y la respectiva expresión peculiar.

<sup>145</sup> Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 113-4.

<sup>146</sup> Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998. Derogada por la Constitución de la República del Ecuador de 2008, vigente desde el 20 de octubre de 2008.

<sup>147</sup> Ecuador, *Codificación de la Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999.

del sector público que cuenten con la facultad para su creación;<sup>148</sup> excepto el caso de algunas empresas a las que se les estableció un régimen transitorio.<sup>149</sup>

## 2. Naturaleza jurídica de las empresas públicas

Por su naturaleza las empresas pueden ser *privadas* o *públicas*, las primeras que generalmente realizan actividades comerciales o industriales, y las segundas encargadas de la prestación de servicios públicos; siendo de interés para esta investigación las públicas, que son aquellas personas jurídicas a través de las cuales el Estado y sus instituciones, desarrollan actividades que se han reservado para su administración.<sup>150</sup>

Sin embargo previo a referirnos a la naturaleza jurídica de las empresas públicas ecuatorianas; es necesario hacer una primera diferenciación entre las *personas jurídicas públicas estatales* y *no estatales*. Las primeras se caracterizan porque su *capital* o *patrimonio* mayoritariamente o en su totalidad lo aporta el Estado; en el caso de las segundas, ese capital o patrimonio es *privado* en su totalidad o la participación del Estado es minoritaria.<sup>151</sup> Sobre esto último igualmente resulta indispensable esclarecer que si la totalidad del capital o patrimonio es privado, tiene un componente que sigue considerándose *público* para efectos de control, porque se trata de personas jurídicas que reciben *ayudas*, *subsidios* o *subvenciones* de instituciones del Estado,<sup>152</sup> lo cual está permitido excepcionalmente por la legislación ecuatoriana, específicamente por el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas,<sup>153</sup> y su reglamento especial;<sup>154</sup> pero pese a que se hayan transferido dichos recursos conforme a la ley, y por tanto

---

<sup>148</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 5. Estas podrían crearse por parte de: 1) la Función Ejecutiva; 2) los gobiernos autónomos descentralizados; 3) la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados; 4) las universidades y escuelas politécnicas públicas.

<sup>149</sup> *Ibíd.*, disposiciones transitorias primera, segunda y tercera.

<sup>150</sup> González Calle, *Las empresas públicas en el Ecuador*, 79.

<sup>151</sup> Dromi, *Derecho administrativo*, t. 1, 898.

<sup>152</sup> *Ibíd.*, 902.

<sup>153</sup> Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010, art. 104.

<sup>154</sup> Ecuador, *Reglamento del artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 329, 26 de noviembre de 2010. Faculta a las instituciones del sector público, para que realicen transferencias directas de fondos públicos, en beneficio de personas jurídicas privadas, con el fin de que inviertan dichos recursos, exclusivamente en la ejecución de programas o proyectos de inversión que beneficien directamente a la colectividad.

forme parte de un patrimonio o capital privado, son susceptibles auditoría por parte de la Contraloría General del Estado.<sup>155</sup>

Hecha la aclaración anterior, nos concentraremos en las *personas jurídicas estatales*, dentro de las que encontramos a las *empresas públicas*, *empresas estatales* y *empresas privadas con participación estatal*, las que según nuestra Constitución y la ley de la materia serían las *empresas públicas* sujetas a la LOEP y las de *economía mixta* que se rigen por la Ley de Compañías. Empero, a aquellas habría que agregarle actualmente, las empresas *anónimas*<sup>156</sup> y de *economía mixta*<sup>157</sup> con participación del Estado en régimen de transición que todavía operan. Dicho esto podemos resumir a las *personas jurídicas estatales* según su naturaleza de conformidad con el siguiente cuadro:

Tabla 1  
Régimen jurídico de las empresas del estado previo a la expedición de la LOEP

Personas jurídicas estatales		Creación	Giro empresarial			
Característica	Especie	Ley de Compañías	Servicios públicos	Aprovechamiento recursos naturales / bienes	Sectores estratégicos	Otras actividades económicas
Sociedades con el Estado como accionista único	Anónima	X	X		X	
Sociedades con el Estado como accionista mayoritario	Anónima	X	X		X	
Sociedades con el Estado como accionista minoritario	Anónima o de economía mixta	X	X			
Sociedades subsidiarias	Anónima	X	X	X	X	
Empresas de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional	De economía mixta	X			X	
Sociedades incautadas por la extinta AGD <sup>158</sup>	Anónima	X				X

Fuente: Ley Orgánica de Empresas Públicas. Elaboración propia.

Nota: A la presente fecha aún sigue vigente régimen de transición.

<sup>155</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002, arts. 3 y 4.

<sup>156</sup> Podemos mencionar el caso de Fabriequipos C.A., empresa proveedora a la que nos referiremos más adelante.

<sup>157</sup> Encontramos empresas como Lojagas C.E.M. y Austrogas C.E.M., que tiene como socio a EP Petroecuador.

<sup>158</sup> Agencia de Garantía de Depósitos.

Una vez que concluya el régimen de transición establecido en las disposiciones transitorias segunda y tercera de la LOEP, el régimen jurídico para toda empresa pública será el siguiente:

Tabla 2

**Régimen jurídico de las empresas del Estado a partir de la expedición de la LOEP**

Personas jurídicas estatales		Régimen jurídico		Giro empresarial			
Característica	Especie	LOEP	Ley de Compañías	Servicios públicos	Aprovechamiento recursos naturales / bienes	Sectores estratégicos	Otras actividades económicas
Empresas públicas	Pública	X		X	X	X	X
Empresas subsidiarias	De economía mixta		X	X	X	X	X
Empresas filiales	Sucursales de EP	X					

Fuente: Ley Orgánica de Empresas Públicas. Elaboración propia.

En resumen, sobre la base de lo que actualmente dispone nuestra Constitución y la LOEP, tenemos tres tipos de empresas que se distinguen entre sí, y cuya naturaleza jurídica obedece al criterio del *capital de constitución*, siendo estas:

1. *Empresas anónimas*, constituidas al amparo de la Ley de Compañías, cuyo capital societario pertenece única o mayoritariamente al Estado o instituciones del sector público; y que actualmente cuentan con un régimen jurídico mixto, de derecho mercantil y derecho administrativo.<sup>159</sup>
2. *Empresas de economía mixta*, cuyo capital pertenece en porcentajes indistintos al privado y al público, pero en todos los casos el Estado y sus instituciones siempre tendrán la mayoría de la participación accionaria en la empresa; las que además están sometidas a un régimen jurídico mixto.<sup>160</sup>
3. *Empresas públicas*, cuyo capital es exclusivo del Estado, su finalidad no necesariamente es mercantil o productiva, sino que también comprende la prestación de servicios públicos; y, al igual que en el caso anterior, gozan de un régimen jurídico mixto, según la actividad que desarrolla y el alcance de sus actos.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> Ecuador, *Codificación de la Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999, art. sin número a continuación del artículo 300. Dispone que estas sociedades anónimas para asuntos exclusivamente de carácter societario, estarán sujetas a las disposiciones contenidas en la Sección VI “DE LA COMPAÑIA ANONIMA”; y, que para los demás efectos, se sujetarán a las disposiciones contenidas en la LOEP.

<sup>160</sup> Ecuador, arts. 315 y 316; Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, arts. 35, 36, 37 y 47.

<sup>161</sup> César Augusto Pazmiño Gaibor, “Naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las empresas públicas ecuatorianas en el marco del giro específico del negocio”, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018), 10, <http://hdl.handle.net/10644/6228>; Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, disposición general primera, arts. 17, 18, 19 y 29.

### 3. Definición de empresa pública

Doctrinariamente se concibe a las empresas públicas como personas jurídicas de la administración pública que desarrollan actividades de índole comercial, industrial o de gestión económica,<sup>162</sup> con el propósito contribuir con el financiamiento de obras, la prestación de servicios públicos, la participación de beneficios extraordinarios derivados de una actividad concesionaria, o para evitar la quiebra de empresas que son de interés para la economía nacional.<sup>163</sup> Estas pueden sujetarse a un régimen jurídico mixto, que involucra tanto al derecho público como al privado, dependiendo de la naturaleza de sus actos, y cuya forma puede ser variada según la legislación de cada país.<sup>164</sup>

Otros autores agregan que las empresas públicas son la expresión de la decisión del Estado de intervenir en el mercado, mediante formas de organización similares a la empresa privada, con el objetivo de satisfacer fines públicos, característica particular de toda actividad estatal; e independientemente del régimen jurídico que adopte, pudiendo ser de Derecho Público o de Derecho Privado.<sup>165</sup>

Autores como Miguel Marienhoff y Benjamín Basavilbaso, señalan que las empresas del Estado son una especie peculiar a la que también se la llama empresa pública, creada para desarrollar actividades comerciales o industriales, que además de su finalidad constituye su razón de ser; y, están sometidas a un régimen jurídico que combina el Derecho Público y el Derecho Privado;<sup>166</sup> coincidiendo así con los autores Dromi, García de Enterría y Fernández Rodríguez.

El tratadista uruguayo Enrique Sayagués Laso, denomina a estas entidades como *personas públicas con fin especial*, y manifiesta que son producto de la necesidad de la descentralización administrativa que caracteriza a los Estados modernos, sometidas a un régimen jurídicamente uniforme, y cuya denominación es variada según la legislación de los países en los que se constituyen, lo que ha dificultado la sistematización de los principios que las regulan.<sup>167</sup>

---

<sup>162</sup> Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, 13.<sup>a</sup> ed. t. 1 (Buenos Aires: Ciudad Argentina / Hispania Libros, 2015), 900.

<sup>163</sup> García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, t. 1, 450-1.

<sup>164</sup> Dromi, *Derecho administrativo*, t. 1 913.

<sup>165</sup> González Calle, *Las empresas públicas en el Ecuador*, 76.

<sup>166</sup> Miguel Marienhoff y Benjamín Basavilbaso, *Tratado de derecho administrativo*, vol. 1, (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1995), 206.

<sup>167</sup> Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, 7.<sup>a</sup> ed. t. 2 (Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 2002), 226.

Para Juan Carlos Cassagne, esta clase de empresas son estructuras con las que el Estado incursiona en actividades que por lo general se han estado reservado para la empresa privada, y constituyen formas jurídicas especiales, por la particularidad del régimen que regula, que es una entremezcla de Derecho Público en su parte administrativa, y de Derecho Privado en su aspecto empresarial.<sup>168</sup>

En el caso de las empresas públicas ecuatorianas, son personas jurídicas creadas por el Estado y sus instituciones facultadas constitucional y legalmente para hacerlo, y así emprender en la ejecución de actividades mercantiles o productivas, y la prestación de servicios públicos; sometidas a un régimen jurídico que fusiona lo público y privado,<sup>169</sup> según lo dispone la ley de la materia, ya que sus autoridades emiten actos administrativos; mientras que en el caso de contratación laboral se sujetan a las leyes de trabajo vigentes, y a normativa secundaria propia.<sup>170</sup>

La denominación de una empresa como *pública*, se sustenta en la actividad económica que desarrolla, que en el caso ecuatoriano tienen como finalidad la prestación de servicios públicos,<sup>171</sup> la gestión de sectores estratégicos,<sup>172</sup> y en otros casos para producir e intercambiar bienes para el consumo;<sup>173</sup> sin que necesariamente esté obligada a obtener una ganancia, porque su razón de ser también radica en la satisfacción de necesidades generales.<sup>174</sup>

La Constitución<sup>175</sup> y la LOEP<sup>176</sup> definen a las *empresas públicas* 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, creadas para la gestión de sectores

<sup>168</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, t. 1 (Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2006), 314-6.

<sup>169</sup> Secaira Durango, *Curso breve de derecho administrativo*, 113-4.

<sup>170</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 17. Establece que la designación y contratación de personal de las empresas públicas se sujetará a los principios y políticas de la LOEP, el Código del Trabajo, las leyes que regulan la administración pública, y las normas internas de administración del talento humano dictadas por el Directorio.

<sup>171</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, art. 314. Se consideran como servicios públicos: agua potable, agua de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás determinados por la ley.

<sup>172</sup> *Ibíd.*, art. 313. Se consideran como 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 otros que determinen las leyes.

<sup>173</sup> Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, 3.<sup>a</sup> ed. vol. 2 (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 680-1.

<sup>174</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 40.

<sup>175</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, art. 315.

<sup>176</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 4.

estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos, y en general el desarrollo de otras actividades económicas estatales establecidas en la ley.

#### 4. Características de las empresas públicas

Según el régimen constitucional anterior al vigente, sectores como la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, podían ser asumidos por sociedades públicas, mixtas o privadas constituidas conforme la ley; y tratándose de servicios públicos, existía la posibilidad de que sean prestados de forma directa por las entidades competentes, o por delegación a sociedades mixtas o privadas.<sup>177</sup> Con el actual régimen constitucional de empresas públicas, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, y su delegación en este caso pasó a ser una excepción. Lo mismo sucedió con los servicios públicos, que pueden encomendarse al sector privado o al sector de la economía popular y solidaria<sup>178</sup> en casos extraordinarios, según lo previsto en la ley.<sup>179</sup> Por lo que actualmente prevalece la creación de empresas públicas, empero estas están facultadas a participar como socias de empresas de economía mixta, con la condición de que se reserven la mayoría accionaria; y, solo de forma extraordinaria, se podrá delegar a la iniciativa privada o al sector de la economía popular y solidaria.

Además debo mencionar que, mediante sentencia n.º 001-12-SIC-CC,<sup>180</sup> la Corte Constitucional interpretó los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, determinado, que las empresas públicas solo están facultadas para gestionar los sectores estratégicos o prestar servicios públicos, según la autorización que hubieren obtenido; por lo que no debe entenderse que son competentes para delegar a la iniciativa privada, la gestión de los sectores estratégicos o servicios públicos; porque esta atribución solo le corresponde el Estado y sus instituciones, que son precisamente las que permiten a las empresas públicas para gestionar un sector estratégico o la prestación de un servicio público específico. Autorización que se extiende a través de

---

<sup>177</sup> Ecuador, *Constitución 1998*, arts. 247 y 249.

<sup>178</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria*, Registro Oficial 444, 10 de mayo de 2011, art. 132 num. 10. En que consta que entre las medidas de fomento del Estado a favor de las personas y organizaciones amparadas por esta ley, está la delegación al sector de la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y servicios públicos.

<sup>179</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, arts. 313 a 316.

<sup>180</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *caso No: 0008-10-IC*, 05 de enero de 2012, 10.

las autoridades de control y regulación competentes de la administración pública que tengan dicha atribución legal.

Una vez analizados los antecedentes históricos, la naturaleza jurídica y la definición de las empresas públicas, es necesario identificar aquellas características que las delimitan:<sup>181</sup>

1. Forman parte del sector público, según lo establecido en nuestra Constitución, pudiendo ser personas jurídicas creadas por mandato de aquella o por la ley, para la prestación de servicios públicos o para el desarrollo de actividades económicas que el Estado haya asumido; o, creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.<sup>182</sup>
2. Poseen personería jurídica propia, sujeta o subordinada a su respectivo órgano colegiado, conformado según lo previsto en la LOEP.<sup>183</sup>
3. Cuentan con autonomía presupuestaria, económica, financiera, administrativa y de gestión.<sup>184</sup>
4. Su patrimonio propio es público, conformado por acciones, participaciones, títulos habilitantes, bienes tangibles e intangibles y demás activos y pasivos que les asignen al momento de su creación, o que llegaren a tener en el futuro. Sus operaciones en el país o en el exterior, a través del Banco Central del Ecuador, son de naturaleza pública y no comercial.<sup>185</sup>
5. Su actuación está sujeta al control y vigilancia de los organismos del Estado, creados para el efecto.<sup>186</sup>
6. Sus actos, hechos y contratos, son de carácter mixto, es decir administrativas y no administrativas.<sup>187</sup>
7. En sus relaciones y vinculación con otras administraciones públicas se rigen por el ordenamiento que regula las relaciones interadministrativas.<sup>188</sup>

---

<sup>181</sup> González Calle, *Las empresas públicas en el Ecuador*, 77.

<sup>182</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, art. 225, num. 3 y 4.

<sup>183</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 7.

<sup>184</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, art. 315. Esta disposición constitucional se armoniza con el art. 4 de la LOEP.

<sup>185</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 38.

<sup>186</sup> *Ibíd.*, art. 47. Específicamente están sometida a la Contraloría General del Estado, a las respectivas unidades de auditoría interna; y, al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

<sup>187</sup> *Ibíd.*, arts. 17, 18, 19, 27, 28, 29, 31, 33, 37, 41, 54, y las disposiciones generales primera y novena. Disposiciones que hacen referencia expresa a leyes de derecho privado como: el Código del Trabajo, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado y la Ley de Compañías.

## 5. Clasificación de las empresas públicas

Sobre la base de lo prescrito en la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la codificación de la Ley de Compañías como supletoria por referencia expresa de aquella,<sup>189</sup> he identificado y clasificado a las empresas públicas así:

### 1. Empresas según la institución del sector público de origen:

- a) De la Función Ejecutiva.
- b) De los gobiernos autónomos descentralizados.<sup>190</sup>
- c) Mixtas.<sup>191</sup>
- d) De las universidades o escuelas politécnicas públicas.<sup>192</sup>

### 2. Empresas creadas por las empresas matrices:<sup>193</sup>

- a) Subsidiarias de economía mixta.<sup>194</sup>
- b) Filiales para sucursales.

### 3. Empresas de economía mixta matrices:<sup>195</sup>

- a) De la Función Ejecutiva e inversionistas de capital privado.
- b) De los gobiernos autónomos descentralizados e inversionistas de capital privado.<sup>196</sup>

<sup>188</sup> Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, 7.<sup>a</sup> ed. (Buenos Aires: LexisNexis, 1998), 388.

<sup>189</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, arts. 4, 5, 35, 36 y 54.

<sup>190</sup> Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 67 lit. i) y art. 277. La primera de las disposiciones mencionadas establece que las juntas parroquiales rurales deben solicitar a los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos, municipales y provinciales, la creación de empresas públicas del gobierno parroquial rural, o de una mancomunidad de los mismos.

<sup>191</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 5. Entendiéndose que podrían asociarse indistintamente instituciones del ejecutivo, los gobiernos autónomos descentralizados, y las universidades y escuelas politécnicas públicas.

<sup>192</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Educación Superior*, Registro Oficial 298, Suplemento, 12 de octubre de 2010, art. 14 lit. a). Considera como instituciones de educación superior, entre otras, a las universidades y escuelas politécnicas públicas, debidamente evaluadas y acreditadas, conforme a dicha ley.

<sup>193</sup> *Ibíd.*, art. 4 inc. último. Establece que las agencias y unidades negocio, son áreas administrativo-operativas de la propia empresa pública, sin que puedan considerarse como empresas públicas nuevas, subsidiarias o filiales.

<sup>194</sup> *Ibíd.*, art. 4 inc. segundo. El Estado o sus instituciones deberán tener la mayoría accionaria.

<sup>195</sup> *Ibíd.*, arts. 4 y 5. Todas las empresas de economía mixta, obligatoriamente deberán contar con una mayoría accionaria del Estado o de sus instituciones.

<sup>196</sup> Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, art. 282.

- c) De las universidades o escuelas politécnicas públicas, e inversionistas de capital privado.

4. *Empresas coordinadoras:*<sup>197</sup>

- a) Del gobierno central.
- b) De los gobiernos autónomos descentralizados.

Sin perjuicio de lo anterior, y siguiendo al autor ecuatoriano Fernando González Calle,<sup>198</sup> otra clasificación sería la siguiente:

1. *Por el capital:*

- a) Unipersonales. Cuando la participación del Estado en el patrimonio empresarial es del 100%.
- b) Mixtas. Cuando participa el sector privado y el Estado o sus instituciones, teniendo este último la mayoría accionaria.

2. *Por su creación:*

- a) De la Función Ejecutiva.
- b) De los gobiernos autónomos descentralizados.<sup>199</sup>
- c) Mixtas por confluencia de las dos anteriores.
- d) De las universidades y escuelas politécnicas públicas.

3. *Por el territorio:*

- a) Locales.
- b) Provinciales.
- c) Regionales.<sup>200</sup>
- d) Nacionales.<sup>201</sup>

---

<sup>197</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 5.

<sup>198</sup> González Calle, *Las empresas públicas en el Ecuador*, 78.

<sup>199</sup> Ecuador, *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010, arts. Podemos tener empresas de los gobiernos autónomos descentralizados: regional, provincial, metropolitanas, municipales y parroquiales rurales, según lo expuesto en líneas anteriores.

<sup>200</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, arts. 244, 245, 246, 251 y 262. Si bien estas disposiciones se refieren a la posibilidad de contar con regiones y sus correspondientes gobiernos autónomos para el ejercicio de competencias, hasta la presente fecha no se ha concretado la creación de ninguna región.

e) Internacionales.

4. *Por el objeto:*

- a) Prestación de servicios públicos.
- b) Gestión de sectores estratégicos.
- c) Desarrollo de actividades económicas para la producción y/o comercialización de bienes.
- d) Desarrollo de proyectos con responsabilidad social.<sup>202</sup>

Sobre la base de lo que prevé la Constitución de la República, en concordancia con la clasificación que en su momento realizó la entonces Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *por el sector* las empresas públicas se pueden clasificar así:<sup>203</sup>

- a) Sectores Estratégicos: los recursos naturales no renovables, la energía en todas sus formas, los recursos naturales no renovables, las telecomunicaciones, el espectro radioeléctrico, agua y los demás que determine la ley.
- b) Servicios públicos: agua potable, riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, los demás que determine la ley.
- c) Otros sectores: productivo, seguridad, social, conocimiento y talento humano.

Según las clasificaciones expuestas, podemos evidenciar que la creación de las empresas públicas, es el resultado de contextos coyunturales de índole política, económica, financiera, social e inclusive territorial; pero independientemente de dichas circunstancias, esas empresas deberían buscar el beneficio económico aumentando la productividad, preservando la industria ecuatoriana, y de manera general promoviendo la seguridad, el crecimiento y la equidad de nuestra sociedad.<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup> *Ibíd.*, 261 num. 12. Es competencia exclusiva del Estado, el control y administración de las empresas públicas nacionales.

<sup>202</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 40.

<sup>203</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, arts. 313, 314; Ecuador Senplades, *Empresas Públicas y Planificación: Su rol en la transformación social y productiva*, (Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013), 42.

<sup>204</sup> Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 86-7.

## 6. Finalidades de las empresas públicas

Hablar de empresas públicas necesariamente implica hablar de la intervención del Estado en la economía, más aun si consideramos que el Ecuador es un Estado social de derechos, que es precisamente aquel en el que este fenómeno alcanza una mayor intensidad,<sup>205</sup> y que tiene por finalidad implementar políticas públicas de carácter económico, social y de control del mercado, para así *corregir* distorsiones y concertaciones que afectan la *libre competencia*; pero también para contribuir con determinados sectores geográficos o económicos, en los que la empresa privada no tiene interés, debido a la escasa o nula rentabilidad.<sup>206</sup>

Por las razones expuestas, es que la Constitución de 2008 reincorporó el rol económico estatal –a diferencia de la carta fundamental de 1998–, estableciendo un sistema económico social y solidario, autorizando la creación de empresas públicas con un giro de operación que se limita a áreas definidas y exclusivas para el Estado y sus instituciones, siendo estas: 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 que le correspondan; para cuyo fin el propio texto constitucional dispone que su funcionamiento será como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y con autonomía económica, financiera, administrativa y de gestión; debiendo procurar alcanzar altos parámetros de calidad y óptimos criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales; sin dejar de lado su sometimiento a la regulación y control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley.<sup>207</sup>

Adicionalmente, la apertura a la creación de empresas públicas, tiene –o tenía– como propósito, generar empleo, producir bienes y prestar servicios que para el sector privado por lo general no son prioritarios, desarrollar capacidades tecnológicas nacionales, promover emprendimientos productivos, y regular monopolios en telecomunicaciones, suministro y acceso a servicios públicos de energía eléctrica, telefonía fija y móvil, postales, entre otros.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> Ximena Pinto Nerón y Pablo Zak Godoy, *Defensa a la competencia y empresas públicas*, (Montevideo: Universidad de Montevideo, 2009), 71.

<sup>206</sup> Pérez, *Derecho administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed. v. 2, 191.

<sup>207</sup> González Calle, *Las empresas públicas en el Ecuador*, 30.

<sup>208</sup> Ecuador Senplades, *Empresas Públicas y Planificación: Su rol en la transformación social y productiva*, (Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013), 41-2.

Desde la publicación de la LOSNCP y su normativa secundaria, y hasta la presente fecha, la oferta de bienes y servicios fue impuesta a las entidades contratantes del sector público, principalmente a las dependencias de la Función Ejecutiva, sobre la base de supuestas *directrices* emitidas mediante oficios circulares o memorandos, en los que se *ordenaba* la contratación exclusiva de servicios como telefonía móvil, transporte aéreo, seguros y de correos con empresas públicas; o se *disponía* la adquisición de lubricantes, productos que comercializaban las compañías incautadas por la desaparecida AGD, bienes de las micro, pequeñas y medianas empresas, y de los actores de la economía popular y solidaria, por mencionar algunos; evidenciándose que las empresas públicas se apartaron de las finalidades para las cuales fueron incorporadas en el rol económico estatal, y respondieron a fines de índole política.

Si bien el Estado y sus instituciones, de conformidad al numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP, están facultadas para contratar mediante un *régimen especial interadministrativo*, también cabe preguntarnos si el tipo de productos y servicios que comercializan o prestan las empresas públicas son escogidos porque cuentan con las mejores condiciones técnicas y económicas; o simplemente, si la contratación con las empresas públicas y estatales se da por la mera presencia del Estado.

Además, la Constitución<sup>209</sup> y la ley<sup>210</sup> señalan que los sectores público y privado deben someterse a sus disposiciones, así como a las regulaciones emitidas por los órganos y autoridades competentes, y en este caso en particular debe observarse lo que dispone el derecho de la competencia;<sup>211</sup> para alcanzar objetivos como: procurar que las instituciones que prestan servicios públicos, y las empresas públicas que producen bienes o prestan servicios, se conviertan en agentes económicos competitivos en los mercados nacionales; como paso previo al inicio de operaciones económicas en el exterior; debiendo demostrar que son las mejores en nuestro medio. Lo que nos lleva al

---

<sup>209</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, art. 83, num. 1, que establece como uno de los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, acatar y cumplir la Constitución, las leyes y las decisiones legítimas de las autoridades competentes.

<sup>210</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 2, en el que según su ámbito están sometidos a dicha ley todos los *operadores económicos*, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional y fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

<sup>211</sup> *Ibíd.*, art. 33, el cual dispone que los organismos, instituciones públicas, órganos de control, empresas públicas, de economía mixta, entidades públicas, y gobiernos autónomos descentralizados, respecto de su contratación y de las prestaciones de servicios públicos realizadas en mercados relevantes de libre competencia, respetarán y aplicarán los principios, derechos y obligaciones consagrados en dicha ley.

siguiente objetivo, que es el fortalecimiento del mercado ecuatoriano, porque contar con grandes empresas, sean públicas o privadas, siempre será beneficioso, si consideramos que la obtención o el reforzamiento del *poder de mercado* no atenta contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general, sino que es su *abuso* lo que el Estado debe regular y controlar.<sup>212</sup>

Por ello se justifica la preocupación de la ausencia de libertad de selección de los proveedores de bienes y servicios por parte de las entidades contratantes públicas, porque parecería que la pretensión de fondo es privilegiar la dotación de bienes y prestación de servicios nacionales provenientes de la empresa pública, con cuyo hecho se genera *competencia desleal* y desestimulo a la empresa privada, que en materia de contratación pública, distorsiona no solo la competencia, sino que incide en sus otros principios, a lo cual me referiré en el siguiente capítulo.<sup>213</sup>

En resumen y desde mi perspectiva, cuando se trata de contratación interadministrativa, los objetivos del SNCP deben sintonizarse con los objetivos que prevé la LOEP para las empresas públicas, principalmente con aquellos que se refieren al cumplimiento de los lineamientos del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa; la contribución a la satisfacción de las necesidades básicas de los ecuatorianos, la reactivación y desarrollo del aparato productivo, la prestación eficiente de servicios públicos con equidad social. Así como también el beneficio a sectores económicos y sociales determinados; la prevención y corrección de conductas que distorsionen, impidan, restrinjan las condiciones para la provisión y acceso a bienes y servicios por parte de usuarios y consumidores; y, a la intervención exclusiva en sectores regulados, independientemente de que estén o no abiertos a la competencia con otros agentes u operadores económicos. Es decir únicamente cuando se sustente la conveniencia y viabilidad técnica y económica en base a los objetivos de la LOEP, considero que se justificaría razonablemente la contratación interadministrativa.

---

<sup>212</sup> Bonilla Guerrero, “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, 32-3.

<sup>213</sup> Baldeón Barriga, *La libertad de empresa*, 67-8.



## Capítulo tercero

### Contratación preferente con empresas públicas nacionales

La LOSNCP permite la contratación interadministrativa, entre otros, con empresas de los Estados de la Comunidad Internacional cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en 50% a entidades de derecho público; sin embargo, el alcance del presente trabajo, se circunscribe a la contratación preferente que el SNCP permite realizar con las *empresas públicas nacionales*, porque considerando los objetivos que les concierne a dichas empresas en el Ecuador y los objetivos del SNCP, es importante identificar las circunstancias, razones y los fines por los que la administración pública decide realizar este tipo de contrataciones, y si de alguna manera la contratación interadministrativa con empresas públicas nacionales se configura como un procedimiento relevante en el SNCP.

El análisis de las empresas internacionales, serían objeto de otro estudio porque dependiendo del país donde se ubiquen, cada una de ellas maneja objetivos distintos a las empresas públicas ecuatoriana que claramente se encuentran identificadas. Por tal razón además de ser necesario centrar el tema de investigación a un solo objetivo, es necesario mencionar que, con la vigencia del Acuerdo Comercial Multipartes de la Unión Europea y Ecuador<sup>214</sup> – del cual también son suscriptores Colombia y Perú–, dejó de ser aplicable la contratación interadministrativa con empresas de los estados de la comunidad internacional.

#### 1. Régimen Especial de contratación interadministrativa con empresas públicas nacionales

En la normativa del SNCP no existe una definición de lo que debe entenderse por *régimen especial*, pero doctrinariamente, el autor ecuatoriano William López, los conceptualiza como:

---

<sup>214</sup> Ecuador, “ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR UNA PARTE, Y COLOMBIA Y EL PERÚ, POR OTRA” Y ANEXOS, Registro Oficial 808, Edición Especial, 23 de diciembre de 2016. De conformidad con lo establecido en la letra f) de la subsección 7, notas generales del Acuerdo Comercial Multipartes, suscrito con la Unión Europea, únicamente están excluidas de la aplicación del Título VI de dicho instrumento internacional, las contrataciones hechas por una entidad ecuatoriana a otra entidad ecuatoriana: En otras palabras, estos significa que ya no es posible contratar interadministrativamente con empresas de la comunidad internacional, porque estas deberán observar los procedimientos previstos en dicho instrumento internacional.

[...] procedimientos de contratación que tienen el carácter de excepcional, pues se sujetan a una normativa específica dictada por el Presidente de la República en el Reglamento General de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que comprende a determinadas contrataciones.

Solo en el caso de que en el régimen especial no se describa o detalle algún procedimiento o acción concreta que sean indispensables para la contratación de bienes, obras o servicios se observaran en forma supletoria los procedimientos establecidos en el régimen general de la Contratación Pública.<sup>215</sup>

Por su parte en una publicación institucional del SERCOP, se define al *régimen especial* como:

“[...] un procedimiento precontractual, por medio del cual una entidad inicia un proceso para la contratación de bienes, obras y/o servicios específicos, que se encuentra normado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP– y su reglamento, bajo criterios de selectividad.

Debe entenderse que los procesos de Régimen Especial no son un sistema de excepción, y tanto entidades contratantes como proveedores cumplirán los requisitos previstos en la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública –SNCP–.

No se debe olvidar que generalmente, los procesos sujetos a Régimen Especial no son concursables, es decir la contratación es directa y de acuerdo a la naturaleza de la contratación, será necesario disponer de todos los documentos técnicos y económicos que la justifiquen y determinar su conveniencia en la adjudicación.”<sup>216</sup>

De lo antes transcrito podemos destacar algunos aspectos, como el hecho de que el *régimen especial* debe estar sometido no a la LOSNCP, sino a su reglamento general, salvo lo no previsto en este último.<sup>217</sup> Además, deben aplicarse *criterios de selectividad*, cumpliendo con los requisitos que establece la normativa del SNCP. Sin embargo, parecería existir una contradicción del SERCOP al indicar que estos procedimientos generalmente no se realizan por concurso, sino que se contrata de forma *directa*; siendo necesario contar con los documentos técnicos y económicos que sirvan de justificación para cada uno de dichos procedimientos.

A criterio de autores nacionales, el *régimen especial* que prevé la normativa del SNCP establece procesos de contratación pública que obedecen a dos criterios

<sup>215</sup> López Arévalo, *Tratado de contratación pública*, t. I, 318-9.

<sup>216</sup> Andrea Rivadeneira Barba, “Régimen Especial, procedimientos contractuales efectivos y transparentes”, *ECUADORCOMPRA: Revista de la Contratación Pública*, n.º 4 (julio de 2013): 3.

<sup>217</sup> Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 68.

fundamentales. El primero se enfoca en los *sujetos*, sean estos *entidades contratantes* o *contratistas* (criterio subjetivo); mientras que el segundo considera los *objetos* de contratación, es decir la *naturaleza* de lo que se va a contratar (criterio objetivo).<sup>218</sup> Sin embargo este régimen atípico debe observar las demás normas generales y comunes establecidos en la LOSNCP y su normativa secundaria, porque la única diferencia frente a los procesos del *régimen común*, es el procedimiento de selección del contratista.<sup>219</sup>

La jurista Inés María Baldeón, según los criterios *subjetivo* y *objetivo*, ha clasificado a los procedimientos de régimen especial así:

1. *Criterio subjetivo:*

- a) Los comunicadores.
- b) Los abogados.
- c) Los artistas, literarios o científicos.
- d) Los proveedores únicos o exclusivos.
- e) Las empresas o instituciones públicas nacionales o extranjeras.
- f) Los contratistas de empresas públicas que contraten en el giro específico de su negocio.

2. *Criterio objetivo:*

- a) Seguridad interna y externa (Fuerzas Armadas y Policía Nacional).
- b) Fármacos para entidades contratantes prestadoras del servicio de salud pública.
- c) Actividades de comunicación social.
- d) Asesoría jurídica o patrocinio jurídico.
- e) Repuestos y accesorios –no catalogados– para el mantenimiento de equipos y maquinarias.
- f) Obras artísticas, literarias o científicas.
- g) Patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas.

Sobre la base de lo anterior, según los *criterios de selectividad* a los que se refiere la LOSNCP, unos procedimientos de régimen especial deberían realizarse por

---

<sup>218</sup> Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 141.

<sup>219</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 2.<sup>a</sup> ed. 193.

*contratación directa*, mientras que otros deberían hacerse por *concurso*, en ambos casos sin que ello implique vulneración de los principios del SNCP.

A criterio de los autores españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón-Fernández, en materia de contratación pública puede mediar una restricción de la *libre concurrencia*, pero esa apertura legal no puede entenderse en sentido extenso, sino que siempre debe tener un carácter restringido, con el fin de no traspasar el límite de la discrecionalidad e incurrir en arbitrariedades. Concluyen que para cumplir con este propósito, la propia normativa será la que determine los presupuestos para su procedencia, y los requisitos a cumplirse en cada caso.<sup>220</sup>

Circunscribiéndome al tema objeto de esta investigación, considero que en el caso de la contratación con empresas públicas nacionales, deberían aplicarse los dos criterios antes indicados de forma complementaria y no excluyente. Es decir, el primer parámetro para contratar con un *sujeto* (empresa pública nacional), sería determinar si está dentro de los proveedores que cumplen todas las exigencias previstas por la ley para ofertar al Estado y sus instituciones; pero al momento de analizar el *objeto*, debería restringirse a aquellos casos en los que no se pueda contratar a empresas del sector privado, o que no se pueda someter a concurso en igualdad de condiciones de participación a empresas privadas y públicas.

De esta forma se garantizaría uno de los objetivos planteados por el SNCP, como lo es evitar la *discrecionalidad* en las compras públicas, cuyo control corresponde al SERCOP, conforme a las atribuciones conferidas por la ley,<sup>221</sup> debiendo monitorear los procesos de contratación pública para identificar aquellos casos en los que a pretexto de *régimen especial*, se elude el *régimen común* de contrataciones.

Recopilando los elementos previamente señalados, me permito definir al *régimen especial* como un conjunto de *procedimientos atípicos*, que tienen como propósito la contratación de obras, bienes y servicios específicos, bajo *criterios de selectividad* que guardan relación con los *objetos* a contratarse, y los *sujetos* de la relación contractual; procedimientos para los cuales previamente deberá motivarse jurídica, técnica y económicamente, la naturaleza objetiva y subjetiva de la contratación y sus co-contratantes, a fin de evitar la elusión del *régimen común* de contratación.

---

<sup>220</sup> García de Enterría y Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, t. 1, 766-9.

<sup>221</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 9 num. 3, art. 10 num. 1.

Considerando que las empresas públicas, fueron creadas con un giro de operación que se limita a áreas definidas y exclusivas para el Estado y sus instituciones, siendo estas, la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos, y su propósito es o –era- generar empleo, producir bienes y prestar servicios que para el sector privado por lo general no son prioritarios, desarrollar capacidades tecnológicas nacionales, promover emprendimientos productivos, y regular monopolios en telecomunicaciones, suministro y acceso a servicios públicos de energía eléctrica, telefonía fija y móvil, postales, entre otros.<sup>222</sup>, mi apreciación en lo referente al procedimiento interadministrativo respecto a la contratación con empresas públicas nacionales, es que el legislador entendiendo que estas empresas serían técnicas o especializadas, considerando su giro de negocio, quiso situar a una parte del Estado como un potencial proveedor para atender contrataciones relacionadas a los bienes y servicios que estas empresas, contrario a la privada, se encontraban en la capacidad técnica de ofrecer, atendiendo principios de calidad y oportunidad; no obstante, esta pretensión, considero se diluyó en el transcurso del tiempo, cuando dichas empresas comenzaron a girar más en un entorno político que estratégico, para la satisfacción de las necesidades básicas de los ecuatorianos, la reactivación y desarrollo del aparato productivo, la prestación eficiente de servicios públicos con equidad social. A efecto, considero que el legislador observó esto, sin embargo creo que la normativa se presta para interpretaciones que lamentablemente son usadas a beneficio de las instituciones.

## **2. Aplicación de principios en la contratación de bienes y servicios con empresas públicas nacionales**

La LOSNCP comprende dentro de su régimen especial, aquellas contrataciones que realicen el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí; aquellas con empresas públicas, sus subsidiarias, o con *empresas estatales*,<sup>223</sup> y las contrataciones que ejecuten las empresas entre sí; que doctrinariamente conocemos como *contratación*

---

<sup>222</sup> Ecuador Senplades, *Empresas Públicas y Planificación: Su rol en la transformación social y productiva*, (Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2013), 41-2.

<sup>223</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 2. num. 8. Nos referimos a las empresas cuyo capital suscrito pertenezca en el 50% o más a entidades de derecho público.

*interadministrativa*, por la naturaleza pública del *contratante* como del *contratista*.<sup>224</sup> El detalle de las posibles combinaciones de estas contrataciones según el Reglamento General a la LOSNCP es:<sup>225</sup>

1. El Estado con entidades del sector público, o éstas entre sí.
2. El Estado o las entidades del sector público con:
  - a) Las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en 50% a entidades de derecho público;
  - b) Las empresas subsidiarias de aquellas señaladas en la letra a), o las subsidiarias de éstas; y,
  - c) Las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados le correspondan al Estado en una proporción que supere el 50%.
3. Entre sí, las empresas públicas, sus subsidiarias, o las empresas creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica cuyo capital, rentas o recursos asignados, pertenezcan al Estado en una proporción superior al 50%.

El propio Reglamento General a la LOSNCP establece el procedimiento para las contrataciones antes indicadas, el que se resume así:<sup>226</sup>

- a) La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, según el caso, debe emitir la resolución administrativa correspondiente, en la que hará constar la *conveniencia y viabilidad técnica y económica* de la contratación que pretende realizar; aprobará el pliego respectivo, el cronograma que deberá observarse, y dispondrá el inicio del régimen especial, singularizando a la entidad o empresa que será invitada.
- b) La mencionada resolución debe publicarse en el portal de compras públicas, anexando además la documentación indicada en la letra anterior.

---

<sup>224</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 255.

<sup>225</sup> Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 98.

<sup>226</sup> *Ibíd.*, art. 99.

- c) Publicada la resolución, la contratante debe proceder a invitar directamente a la entidad o empresa pública seleccionada como *proveedora*,<sup>227</sup> entregándole la documentación e información publicada en el portal.
- d) Se procederá con la audiencia de preguntas, respuestas y aclaraciones, en el día y hora señalados en la invitación, la que debe realizarse dentro de los tres días término, contados a partir de la publicación del procedimiento de contratación en el portal del SERCOP, debiendo dejar constancia en la correspondiente acta.
- e) La entidad contratante recibirá la propuesta de la entidad o empresa pública ofertante, en la fecha y hora señaladas en el cronograma.
- f) Finalmente, si la oferta cumple con los requerimientos de la contratante, la máxima autoridad o su delegado procederá a adjudicar; o en su defecto declarará desierto el procedimiento, lo cual debe hacerse mediante resolución administrativa debidamente motivada.

Enunciada la contratación interadministrativa que prevé la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública, y considerando el análisis y definiciones inherentes a cada uno de los principios citados en el capítulo primero, se procederá a analizar los principios de la LOSNCP que no se cumplen en los procedimientos de régimen especial, cuáles serían las razones por las que deberían aplicarse y como se debería motivar las contrataciones que se realizan con las empresas públicas.

En lo referente al *principio de legalidad*, se evidencia que los organismos del Estado únicamente cumplen con el mero procedimiento concerniente al régimen especial, sin embargo la *motivación* empleada para su justificación no es la apropiada para respaldar la aplicación una contratación interadministrativa con empresas públicas o estatales; debido a que las entidades solo cumplen de *forma* el requisito de la *conveniencia y viabilidad técnica y económica*, pero no en el *fondo*, porque no incorporan todas las razones por las que es más conveniente *invitar* extraordinariamente a una empresa del Estado y no *convocar* a un posible amplio universo de empresas privadas.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> *Ibíd.*, art. 10. Esta disposición prescribe que toda entidad contratante que a su vez pretenda proveedor obras, bienes o servicios, necesariamente deberá registrarse en el RUP, cumpliendo todos los requisitos establecidos para las personas jurídicas en general.

<sup>228</sup> Ecuador, *Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública*, Registro Oficial 686, 18 de octubre de 2002, art. 4.

Considerando que esta investigación enfatiza la contratación pública con esta clase de empresas, en mi opinión la normativa principal y secundaria del SNCP debería conectarse con las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas; particularmente con los *objetivos* previstos en esta última,<sup>229</sup> porque son los que sustentan la conveniencia y viabilidad técnica y económica, lo que a su vez permitiría justificar razonablemente la contratación interadministrativa con tales empresas.

Los principios de *trato justo* y la *igualdad* son aplicables en los procedimientos de contratación en los que hay *convocatoria abierta* a todo el universo de proveedores que estén en similares condiciones para participar, o en su defecto cuando haya una *convocatoria restringida* a un número limitado de oferentes, porque su razón de ser es el trato similar y no diferenciado entre quienes concursen, aplicándoles las mismas condiciones de participación, con el fin de evitar favorecer a uno o varios, en detrimento de otro u otros.

Entonces concluimos que en la contratación interadministrativa, se prescinde del *trato justo e igualitario*, situación que estaría justificada siempre que la elección previa del procedimiento de contratación esté debidamente justificada por la *conveniencia y viabilidad técnica y económica* que mencioné anteriormente; pero como es de conocimiento público, la contratación entre entidades públicas fue desnaturalizada por el gobierno central prácticamente desde la vigencia misma de la normativa del SNCP, y por los sendos oficios en los que se disponía la contratación con entidades del sector público, principalmente con *empresas públicas* y con *empresas estatales*<sup>230</sup> que tenían la calidad de *proveedores* habilitados.<sup>231</sup> Razones por las que el gobierno de turno dispuso a sus organismos y dependencias informar los justificativos legales, técnicos y económicos, para el análisis correspondiente sobre las contrataciones de régimen especial, a fin de identificar su incumplimiento y remoción de las autoridades respectivas.<sup>232</sup>

En otras palabras, considerando el objeto de contratación desde la etapa preparatoria, se debe manejar las condiciones de *igualdad* y *trato justo* con el criterio y

---

<sup>229</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 2, nums. 2, 4, 8 y 9.

<sup>230</sup> Incluidas las incautadas por la desaparecida Agencia de Garantía de Depósitos.

<sup>231</sup> Evelyn Lizeth Melo Chacón, “Análisis de la Aplicación del Principio Constitucional de la Libre Competencia en los procedimientos de Régimen Especial con empresas públicas establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” (tesina de especialización, Universidad Central del Ecuador, 2019), 49-52, <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/5405>.

<sup>232</sup> Ecuador Presidencia de la República del Ecuador, *Oficio n.º PR-SGPR-2018-6942-O de 30 de agosto de 2018*, (Quito: Presidencia de la República, 2018), 16-7, [https://www.sicorp.com.ec/pdf/libre\\_competencia\\_mercado.pdf](https://www.sicorp.com.ec/pdf/libre_competencia_mercado.pdf).

motivación del caso, porque en esta etapa se definirá la *invitación* de un proveedor a través de la contratación interadministrativa, o la *convocatoria* a varios proveedores a través de concursos participativos.

En lo concierne al principio de *calidad*, corresponde a cada una de las instituciones del Estado, como contratantes, determinar las condiciones, características y especificaciones mínimas necesarias para asegurar la calidad del objeto contractual, y en consecuencia una vez recibidos determinar la misma, motivo por el cual no me es posible dentro del presente trabajo evaluar o suponer respecto de la calidad de las obras, bienes y servicios que ofertan las empresas públicas, por tratarse de un aspecto técnico de quien lo solicita y recibe. Sin perjuicio de lo dicho, las instituciones públicas deben elaborar sus documentos precontractuales estableciendo su verdadera necesidad institucional, y no adecuarla a los bienes o servicios que dispone u oferta una empresa pública o estatal.

Respecto de la *vigencia tecnológica* deben aplicarse las reglas generales de este principio, sin distinción alguna por tratarse de empresas públicas o estatales, por lo que la adquisición de cualquier bien o producto que oferten aquellas, deberá ser de última generación, con las respectivas garantías técnicas del fabricante, la exigencia de la ejecución periódica de los mantenimientos preventivos, y la consecuente asistencia cuando se trate de mantenimientos correctivos; además de otros aspectos como reposiciones temporales y definitivas, la provisión de repuestos, partes, accesorios y piezas; asistencia y servicio técnico cuando fuere requerido, y la disposición final una vez que concluya su vida útil, incluida la posibilidad de recompra o de entregarlos en compensación parcial de pago por otros nuevos; y, en sentido amplio, quien actúe como entidad contratante, deberá incorporar en el pliego, todos aquellos aspectos exigibles a la empresa estatal o pública que pretenda ser *contratista*.

En lo que concierne a la *oportunidad*, en las contrataciones interadministrativas con empresas públicas y estatales este principio debe alcanzar su máxima expresión, debido a que, según las disposiciones constitucionales y legales, éstas han sido creadas para una mayor presencia estatal en sectores estratégicos,<sup>233</sup> la generación de valor agregado, el incremento de la oferta exportable, la sustitución de importaciones y diversificación de actividades productivas;<sup>234</sup> situación permite concluir –al menos en la

---

<sup>233</sup> Ecuador Senplades, *Empresas Públicas y Planificación: Su rol en la transformación social y productiva*, 33.

<sup>234</sup> *Ibíd.*, 130.

teoría— que las tales empresas son las que en los procedimientos de contratación públicas, deberían ofrecer los mejores bienes y servicios, en menores plazos y a mejores precios que las compañías privadas.<sup>235</sup>

En la práctica, las empresas públicas no han cumplido con los *objetivos* para los que fueron creadas, principalmente en cuanto a la provisión de bienes y prestación de servicios, tanto en aquellos abiertos a la competencia como en aquellos que en los que el Estado se ha reservado para sí ciertas actividades económicas,<sup>236</sup> reproduciendo la ineficiencia de las empresas estatales de décadas anteriores, razón por la que actualmente ya han desaparecido algunas, y otras se encuentran en procesos de disolución y liquidación.

Si contrastamos la realidad actual, sumado lo ocurrido en años anteriores, podemos concluir que las empresas públicas y estatales no han demostrado ser más *eficientes* que las empresas privadas, lo que en materia de contratación pública tiene incidencia en el cumplimiento del principio de *oportunidad*, llegando inclusive a casos extremos en los que, las propias entidades contratantes del sector público, han declarado como contratistas incumplidos a empresas públicas.<sup>237</sup>

En base a lo expuesto, dicho principio responde a la planificación y oportunidad con la que las entidades contratantes, en función de su necesidad prevén la contratación de determinada obra, bien o servicio. La falta de planificación para solventar las necesidades institucionales, es un factor que refleja la incorrecta utilización del proceso de contratación interadministrativa, que a pretexto de la falta de tiempo, se aprovechan de esta figura permitida por la normativa del SNCP, para contratar de manera directa y en menor tiempo, desembocando en la desatención de principios y objetivos establecidos en la ley.

El principio de *conurrencia* es el de mayor debate cuando de contratación interadministrativa se refiere, debido a que es desplazado por la propia LOSNCP, porque al establecer un *régimen especial* de contratación, no hay participación de todos los posibles oferentes, por las restricciones propias de este procedimiento, limitando su

---

<sup>235</sup> Rodrigo Silva Tapia, *El modelo neoliberal y el servicio de telefonía móvil en Ecuador*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2012), 64-5. En su momento la compañía estatal Alegro, llegó a tener los mejores precios del mercado en el servicio de telefonía móvil, pero no llegó a tener una participación importante al no consolidar su presencia en aquel; por lo que las empresas privadas Porta (actual Claro) y Movistar, se mantuvieron como las únicas en la en su objetivo de acaparar el mercado ecuatoriano.

<sup>236</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 2, nums. 8 y 9.

<sup>237</sup> A manera de ejemplo podemos mencionar el caso de la Empresa Pública Fabricamos Ecuador (FABREC EP), y la Empresa Pública Hidroequinoccio EP, declaradas como contratistas incumplidas.

oportunidad de acceder a un concurso, y por el contrario se realiza una contratación directa con la empresa pública o estatal previamente elegida por la entidad contratante.<sup>238</sup>

Entonces, en el procedimiento interadministrativo considero que dicho principio tiene directa relación con el objeto contractual, dependiendo de este, corresponde a la contratante discernir si procede realizar un proceso participativo o interadministrativo; porque si dicho objeto tiene relación con las finalidades de las distintas empresas públicas, sean estas del sector eléctrico, hidrocarburos, telecomunicaciones, productivos entre otros; la elección del procedimiento interadministrativo procedería, justificándose su conveniencia técnica y económica, al estar dentro del giro inherente a esas empresas; de lo contrario, si no se relaciona con esas finalidades, correspondería elegir un proceso participativo.

A modo de ejemplo, y considerando los casos objeto de análisis que expondré posteriormente, en la adquisición de mobiliario, por tratarse de un bien que por sus características es normalizado, a mi criterio estaría sujeto a un régimen de competencia y competencia entre varios oferentes, sin que se justifique la realización de una contratación interadministrativa, y en consecuencia de una sola oferta. Por ello considero que procede la regulación y control de la contratación interadministrativa, porque si las entidades contratantes disponen de *discrecionalidad* para optar por uno u otro procedimiento de contratación, el ejercicio de dicha facultad debe ser *técnica* y *no arbitraria*, porque se debe fundamentar en los *criterios* permitidos por la ley.

Los principios de *transparencia* y *publicidad* en los procedimientos interadministrativos, son de cumplimiento tardío por propio mandato de la normativa secundaria del SNCP, debido a que existe la posibilidad de que un procedimiento de contratación con una empresa pública o estatal, puede realizarse prescindiendo del uso del portal de compras públicas, únicamente con un expediente físico al cual tendrán acceso solo la *contratante* y la *contratista*, sin que la ciudadanía pueda conocer sobre la tramitación de esa contratación en simultáneo a su ejecución. No obstante, una vez concluida la respectiva contratación, independientemente de su cancelación, declaratoria de desierta, o de su adjudicación y suscripción del contrato correspondiente, se debe subir toda la información y documentación al portal de compras públicas.<sup>239</sup>

---

<sup>238</sup> Baldeón Barriga, *La libertad de empresa*, 195-6.

<sup>239</sup> Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 70.

Igualmente, en el caso de la contratación interadministrativa, la aplicación relativa de la *transparencia* y *publicidad*, se justificaría únicamente cuando la información y documentación de las contrataciones, conlleve la necesidad de salvaguardar los secretos de las de actividades empresariales o estratégicas, conforme a la política de confidencialidad y protección de datos del SERCOP.<sup>240</sup>

Por último, la *participación nacional* debemos atarla con el deber estatal del desarrollo nacional, porque la creación de empresas públicas y su mayor presencia en determinados sectores de la economía, debe procurar la dinamización de la producción local y nacional, y no competir con el sector privado como actualmente sucede.

Sin perjuicio de lo señalado, existe la posibilidad de que las empresas públicas, en aplicación de su *capacidad asociativa* legalmente prevista, celebren contratos para constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con el sector de la economía popular y solidaria; y, con el sector privado nacional,<sup>241</sup> dentro del cual podríamos incluir a las Mipymes y a consultores nacionales, sean estas personas naturales o jurídicas; acciones que podrían garantizar las *participación nacional* en los términos que prevé la Constitución y las leyes de empresas públicas y de contratación pública, en este caso.

En un análisis superficial podría decirse que los principios establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP, tales como concurrencia, trato justo, igualdad y oportunidad son aplicables según el tipo de proceso, quizás únicamente en procedimientos participativos por cuanto puede existir más de una participante; no obstante, es necesario observar que el artículo 5 de la LOSNCP, establece que dichos principios son aplicables para todos los *procedimientos y contratos administrativos* que regula dicha ley. Con base a dicha disposición, resulta importante mencionar que la aplicación de estos principios no solo deben observarse al momento de tener más de un participante en procesos participativos, sino en cada una de las fases de los procedimientos de contratación pública como tal. A efecto, en la *fase preparatoria*, desde el momento en que la administración tiene la potestad de discernir el tipo de procedimiento a emplear, le corresponde elaborar los estudios de tal manera que estos justifiquen y respalden la elección, entre un procedimiento participativo o un procedimiento interadministrativo. Etapa fundamental en la que definitivamente, la incorrecta motivación y en consecuencia elección del procedimiento, podría afectar la oportunidad, trato justo,

---

<sup>240</sup> *Ibíd.*, arts. 11, 26 y 87.

<sup>241</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 35.

igualdad y concurrencia de oferentes que por el objeto de contratación era susceptible de participación.

### **3. Cumplimiento de los objetivos en la contratación de bienes y servicios con empresas públicas nacionales**

En este capítulo se analizará el cumplimiento de los objetivos del SNCP en la contratación interadministrativa con empresas pública, los que están agrupados según su afinidad, debido a los elementos de conexión que existen entre ellos.

#### **3.1. Planificación, calidad del gasto, y modernización de los procedimientos de contratación pública<sup>242</sup>**

Como dispone la LOSNCP el régimen especial debe observar los procedimientos establecidos en su reglamento general y en las resoluciones del SERCOP, mientras que el resto de disposiciones de la mencionada ley, son de aplicación general y obligatoria para todos los procedimientos de contratación pública, independientemente si estos son de *régimen común*, *procedimientos especiales* o de *régimen especial*.<sup>243</sup>

La *calidad del gasto* debería estar garantizada, y ser una consecuencia lógica de la planificación contenida en el PAC, que en mi criterio sucede en aquellos casos en los que se realicen contrataciones por convocatoria abierta, y en menor proporción de convocatoria restringida a cierto número de proveedores; pero en el caso de los procedimiento de invitación directa a un único proveedor, como sucede con la contratación con empresas públicas o estatales, el buen uso de los recursos públicos, únicamente se garantizará con unos *estudios* bien sustentados,<sup>244</sup> y siempre que los informes de conveniencia y viabilidad técnica y económica, estén debidamente

---

<sup>242</sup> Objetivos 1, 8 y 9 del art. 9 de la LOSNCP.

<sup>243</sup> Pérez, López y Aguilar, *Manual de contratación pública*, 97.

<sup>244</sup> *Ibíd.*, 98. Los *estudios* a los que se refiere el artículo 23 de la LOSNCP pueden ser documentos generales pero completos y justificados; o en su defecto, documentos más elaborados, que incluyan diseños y planos técnicos, como en el caso de diseños de obra, planos arquitectónicos, ingenierías, estudios de resistencia, entre otros más; realizados por especialistas.

motivados y respaldados con la documentación respectiva, que permita corroborar en cualquier momento, que la compra pública se adecua a los preceptos del SNCP.<sup>245</sup>

En el ámbito de este estudio, al invertirse recursos estatales en las compras públicas, el objetivo es el bien público como fin último,<sup>246</sup> destacando que en el caso de la contratación interadministrativa, no hay redistribución de la riqueza, que es uno de las consideraciones que establece la LOSNCP.

En lo concerniente a la modernización de los procedimientos de contratación pública, si bien reconozco que el portal de compras públicas constituyó un avance considerable sobre la materia; en el caso de la contratación de empresas públicas y estatales, las herramientas que ofrece el portal en mención, los principios de *transparencia* y *publicidad* únicamente se garantizan; en la medida en que se pueda conocer la tramitación de las etapas de los procedimientos mientras se ejecutan, y no cuando hayan concluido; porque actualmente, tratándose del régimen especial, el portal institucional del SERCOP, no es más que una página informativa de lo que han realizado las entidades contratantes, y en la mayoría de ocasiones éstas publican la información e ingresan la documentación, cuando órganos como la Contraloría General del Estado o el propio SERCOP realizan controles y observan la falta de publicación, lo que afecta la *participación ciudadana* y el *control* en contratación pública por parte de los respectivos órganos públicos;<sup>247</sup> situación a la que me referiré posteriormente.

### **3.2. Participación, selección de oferentes y ejecución de los contratos sujetos al SNCP<sup>248</sup>**

Tratándose de la contratación interadministrativa con empresas públicas o estatales, la participación de proveedores confiables y competitivos se relativiza, porque se realiza de manera directa, con un único invitado a presentar su propuesta, sustituyéndose la *selección* por la *elección* del oferente.

---

<sup>245</sup> Ecuador, *Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública*, Registro Oficial 686, 18 de octubre de 2002, arts. 5, 6, 7 y 12.

<sup>246</sup> Ecuador, *Constitución 2008*, arts. 280, 292 y 293; Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010, arts. 1, 3, 4, 5, 8, 9, 10 y 12.

<sup>247</sup> Según los artículos en mención, el control proviene de instituciones como el Sercop, la Contraloría y Procuraduría generales del Estado, las superintendencias, la Secretaría Técnica de Transparencia y Lucha contra la Corrupción del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y otros creados para el efecto.

<sup>248</sup> Objetivos 2 y 11 del art. 9 de la LOSNCP.

A mi juicio, debería regularse y en consecuencia limitarse las contrataciones interadministrativas, como el caso de las *restricciones a la libre competencia* previstas en la LORCPM, para el establecimiento de monopolios estatales, de algún servicio público restringido al sector privado, o de actividades económicas que por *acción afirmativa* se establecieran a favor de la economía popular y solidaria; casos en los que se justificarían tales contrataciones por razones de *interés general*, como el incremento de la eficiencia en determinado ámbito, beneficios para consumidores y usuarios,<sup>249</sup> o, la búsqueda de *rentabilidad social* y no el fin de lucro.<sup>250</sup>

En consecuencia, en todos los demás casos en los que fuere posible garantizar la *conurrencia y participación* del mayor número de concursantes que aspiren a proveer al Estado y sus instituciones —en sentido inverso—, debería restringirse la realización de procedimientos de contratación directa con empresas públicas y estatales, o por lo menos procurar una oposición entre un número mínimo de proponentes entre quienes se pueda hacer un procedimiento selectivo.<sup>251</sup> De lo contrario, por regla general deberían someterse a un régimen de libre competencia y conurrencia con el sector privado.

Sobre la base de la experiencia, no han sido beneficiosas para el sector público las contrataciones forzosas que se realizaron por disposición de la Presidencia de la República,<sup>252</sup> durante los años 2009 y 2018, período en el que contrataron a empresas como CNT, TAME<sup>253</sup> y EICA,<sup>254</sup> o la contratación directa de pólizas de seguros con las

---

<sup>249</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 28.

<sup>250</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, art. 40.

<sup>251</sup> Pérez, *Derecho Administrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., vol. 2, 761.

<sup>252</sup> Ecuador, *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva*, Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002, art. 11 lit. b). A pretexto de orientar los aspectos fundamentales de las actividades de los organismos, entidades y empresas públicas que conforman la función ejecutiva, se emitían órdenes vía oficio.

<sup>253</sup> Ecuador Presidencia de la República del Ecuador, *oficios n.º SGA-O-09-3398 y n.º SGA-O-09-3399 de 03 de agosto de 2009*, (Quito: Presidencia de la República, 2009). Con estos documentos el entonces Secretario General de la Administración Pública comunicó a los ministros y secretarios de Estado y máximas autoridades de la Administración Pública central e institucional que, por disposición del Presidente de la República, los servicios de transporte aéreo y de telefonía celular, deberán ser contratos con las empresas TELECSA (actual CNT EP) y TAME, respectivamente; al amparo de la contratación interadministrativa prevista en la LOSNCP y su reglamento general; disponiendo incluso la terminación inmediata de los contratos vigentes con otras empresas, de conformidad con las leyes y las estipulaciones contractuales; y, que en caso de no ser posible la terminación, una vez concluidos los mismos, procedan a cumplir la referida instrucción. Además se solicitó un informe mensual sobre las medidas adoptadas al respecto de la implementación de tales instrucciones.

<sup>254</sup> Ecuador Presidencia de la República del Ecuador, *oficio n.º SGA-O-09-4162 de 16 de septiembre de 2009*, (Quito: Presidencia de la República, 2009). En términos similares a los oficios referidos en la nota al pie de página anterior, el Secretario General de la Administración Pública informó que, en lo posible los manteamientos de todo el parque automotor institucional se realice en los talleres de la compañía EICA S.A.

empresas Seguros Rocafuerte y Seguros Sucre,<sup>255</sup> que ameritaron inclusive una reforma al RGLOSNCNP para facilitar y viabilizar expresamente dicha situación para todo el sector público;<sup>256</sup> contrataciones que fueron prohibidas por el gobierno actual,<sup>257</sup> precisamente por la ausencia de libre concurrencia y de libre competencia. Estas decisiones de gobierno, dejaron por fuera a la empresa privada con capacidad técnica de proveer los bienes o servicios requeridos por el Estado, aspecto que de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado<sup>258</sup>, se constituiría un abuso de mercado, porque se impidió, restringió y se distorsionó la libre competencia, y vulnerando principios de trato justo e igualdad que también se encuentran recogidos en la citada Ley Orgánica<sup>259</sup> y su reglamento de aplicación<sup>260</sup> los cuales tipifican como conducta anticompetitiva, actos o conductas provenientes de otros *operadores económicos* (proveedores) o de compradores (entidades contratantes), que tengan por objeto afectar injustificadamente la libre competencia en compras públicas.

En lo que concierne a la ejecución de los contratos y la aplicación de las normas contractuales, resulta evidente que el objetivo de toda compra pública, es la realización de los procedimientos precontractuales hasta su adjudicación y contratación; y una vez celebrado o formalizado el respectivo instrumento,<sup>261</sup> el o los servidores públicos encargados de su administración, deben vigilar que la ejecución del *contrato administrativo*<sup>262</sup> se realice de forma cabal y oportuna,<sup>263</sup> y, por su parte, todo

---

<sup>255</sup> Ecuador Presidencia de la República del Ecuador, *oficios n.º T.4258-SGJ-09-943 de 24 de marzo de 2009*, y *n.º SUBSNA-O-10-5080 de 11 de marzo de 2010*, (Quito: Presidencia de la República, 2009). El ex Secretario Nacional Jurídico, al igual que en los casos mencionados en las notas anteriores, indicó que, por disposición del Presidente Constitucional de la República y en aplicación del art. 2 num. 8 y 9 de la LOSNCP, observarán dichas disposiciones para la contratación directa de seguros con las compañías Seguros Sucre S.A. y Seguros Rocafuerte S.A., debiendo cumplir también las normas técnicas y de patrimonio correspondientes para el área de seguros.

<sup>256</sup> Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 107 num. 1 y 2. Estas disposiciones incorporadas el 15 de agosto de 2011, facultaron a las entidades contratantes para que procedan con la contratación de seguros mediante contratación directa con empresas proveedoras cuyo capital esté integrado en el 50% o más con recursos públicos; y, como segunda opción la posibilidad de aplicar el procedimiento por concurso licitatorio.

<sup>257</sup> Ecuador Presidencia de la República del Ecuador, *oficio n.º PR-SGPR-2018-6942-O de 30 de agosto de 2018*, (Quito: Presidencia de la República, 2018), 16-7, [https://www.sicorp.com.ec/pdf/libre\\_competencia\\_mercado.pdf](https://www.sicorp.com.ec/pdf/libre_competencia_mercado.pdf).

<sup>258</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 9,11.

<sup>259</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 11, num. 6 y 21.

<sup>260</sup> Ecuador, *Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial 697, 7 de mayo 2012, art. 8 num. 4 y art. 41.

<sup>261</sup> *Ibíd.*, art. 69.

<sup>262</sup> *Ibíd.*, art. 60; Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 125. Define al contrato administrativo como el acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa; e indica además que, estos instrumentos se

contratista<sup>264</sup> estará en la obligación de cumplir con obligaciones, programas, cronogramas, plazos y costos previstos en aquel.<sup>265</sup>

Tratándose de contratación con empresas públicas y estatales, las exigencias son las mismas, ya que estas asumen la calidad de proveedores<sup>266</sup> como cualquier otra persona jurídica registrada y habilitada como tal por el SERCOP;<sup>267</sup> porque la única excepción que contiene la LOSNCP respecto de los contratos interadministrativos, es la no presentación de las garantías.<sup>268</sup> En consecuencia, cualquier empresa pública o estatal estará en la obligación de asumir los costos de levantamiento de textos, reproducción y edición del pliego, si el caso lo amerita, a asumir los gastos notariales para solemnizar los contratos en los términos previstos en la LOSNCP; y, serán susceptibles de ser multadas; e incluso de terminación unilateral de los contratos, y de ser sancionadas como contratistas incumplidas o adjudicatarias fallidas, según corresponda.<sup>269</sup>

### 3.3. Transparencia, participación social y control en la contratación pública<sup>270</sup>

El objetivo de la *transparencia* en la contratación con empresas públicas o estatales para evitar la discrecionalidad en su aplicación, debe adecuarse a este *régimen especial* en particular; es decir que el aspecto negativo no está en el ejercicio de la *potestad discrecional* al elegir el procedimiento interadministrativo, sino en el ejercicio

---

rigen por el ordenamiento jurídico específico de cada materia, que en el caso de esta investigación es la LOSNCP y su normativa secundaria.

<sup>263</sup> Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 121.

<sup>264</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 6 num. 6 y 7.

<sup>265</sup> *Ibíd.*, arts. 70 y 80.

<sup>266</sup> *Ibíd.*, art. 6 num. 28. Define al *proveedor* como la persona natural o jurídica nacional o extranjera, que se encuentra inscrita en el RUP, de conformidad con la LOSNCP, habilitada para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría, requeridos por las entidades contratantes.

<sup>267</sup> Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 10. Dispone que, si una entidad contratante a su vez pretende actuar como proveedor de obras, bienes, servicios y consultorías, debe registrarse en el RUP, cumpliendo los mismos requisitos previstos para las personas jurídicas.

<sup>268</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 73.

<sup>269</sup> Como lo mencioné anteriormente la Empresa Pública Fabricamos Ecuador (Fabrec EP), fue declarada como contratista incumplida en los procedimientos de contratación por régimen especial n.º RE-CNELCORP-012-18 y n.º RE-TAMEEP-003-2018. Asimismo, la Empresa Pública Hidroequinoccio EP, recibió la misma sanción administrativa por parte de la Empresa Electro Generadora del Austro S.A. (Elecaustro S.A.) dentro del procedimiento n.º RE-EEGA-001-2018. Por último la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, declaró incumplida a la Empresa Pública Municipal Vial, de Construcciones, de Urbanización y Vivienda del cantón San Vicente (San Vicente Cambia EP), dentro del procedimiento n.º RE-CNTEP-1300001869-2018-003.

<sup>270</sup> Objetivos 3, 7 y 10 del art. 9 de la LOSNCP.

de esa facultad en el marco de lo previsto en el ordenamiento jurídico;<sup>271</sup> lo que permite a las entidades contratantes, que tienen la posibilidad de elegir entre dos opciones igualmente válidas, justificar su decisión.<sup>272</sup>

En la materia objeto de este estudio, la primera alternativa debería ser la realización de un procedimiento de *régimen común*, al cual pueden *concurrir* y en el que pueden *competir* libremente todos los proveedores que estén en condiciones de satisfacer la demanda de obras, bienes, servicios o consultorías, según el caso, que les sean requeridas; pudiendo las empresas públicas o estatales participar en el concurso convocado. La segunda y última posibilidad debería ser una contratación interadministrativa con la empresa elegida para el efecto, sin concurrencia ni competencia alguna, pero siempre que se observen los objetivos de la LOEP.

Es precisamente esta última elección, la que se sujeta a determinadas reglas, como la no afectación a *derechos individuales*, el deber de *motivación*, y la debida *razonabilidad* de la decisión.<sup>273</sup> No cumplir estos supuestos, conlleva a incurrir en *arbitrariedad*, prohibida por nuestro Derecho Administrativo<sup>274</sup> del que se desprende la normativa específica para la contratación pública.

El ejercicio de esa *potestad discrecional* de las entidades contratantes que forman parte de la administración pública, implica una serie de *actos de simple administración* que a su vez van a contribuir a conformar la voluntad administrativa,<sup>275</sup> reflejada en un *acto administrativo* de adjudicación,<sup>276</sup> que debe ser estar revestida de *racionalidad*;<sup>277</sup> es decir que los hechos o situación fáctica, se adecuen al medio técnico aplicado (contratación interadministrativa), la que debe respaldarse con los informes respectivos, lo que tiene como consecuencia que la decisión no sea arbitraria.<sup>278</sup>

---

<sup>271</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 14, inc. segundo. Establece que la potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho.

<sup>272</sup> Ecuador, *Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública*, Registro Oficial 686, 18 de octubre de 2002, art. 2 inc. segundo. Prescribe que discrecionalidad aplicada en Derecho, permite la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, siempre dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano público.

<sup>273</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 18, inc. segundo.

<sup>274</sup> Ecuador, *Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública*, Registro Oficial 686, 18 de octubre de 2002, art. 6. Dispone que el control deberá ejercerse a través del principio de interdicción de la arbitrariedad, que incluye el análisis de la razonabilidad del deber de motivar, siendo insuficiente que la motivación se constituya sobre premisas, sino que éstas deben ser verdaderas.

<sup>275</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 120.

<sup>276</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, art. 98; Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, arts. 6 y 32.

<sup>277</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 23.

<sup>278</sup> Ecuador, *Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública*, Registro Oficial 686, 18 de octubre de 2002, art. 2 inc. primero.

En lo que a la contratación interadministrativa respecta, el hecho de que los *recursos públicos* sean erogados de una institución pública contratante, a favor de otra que tenga la calidad de empresa pública o estatal, y que en principio se considere que jamás habrá perjuicio económico para el Estado, el control y la transparencia de esa gestión interadministrativa debe adquirir mayor connotación, porque además del buen uso de los fondos estatales, adquieren relevancia el derecho a la *buena administración pública*<sup>279</sup> y al *acceso y prestación de bienes y servicios públicos y no públicos* de calidad.<sup>280</sup>

### 3.4. Participación nacional y preferencia de la producción ecuatoriana<sup>281</sup>

Las compras públicas en nuestro país tienen como uno de sus objetivos, convertirse en un *elemento dinamizador* de la *producción nacional*, lo que concuerda con uno de los objetivos de las empresas públicas, como lo es *contribuir* a la *reactivación y desarrollo del aparato productivo*. Es decir bajo mi perspectiva, la LOSNCP y la LOEP tienen un objetivo en común, que en términos prácticos debería expresarse en la preferencia de los procedimientos de *régimen común* por parte de entidades contratantes; y, por el contrario, únicamente en los casos que realmente se encuentran justificados, realizar procedimientos de contratación interadministrativa, es decir cuando el objeto de contratación sea consecuente con el giro específico de negocio de la empresa pública y sus objetivos se articulen. Pero aun cuando se realicen compras a empresas públicas y estatales<sup>282</sup> bajo el *régimen especial*, las entidades contratantes deberán exigirles el cumplimiento de los estudios de desagregación tecnológica, valor agregado ecuatoriano,<sup>283</sup> compras de inclusión, origen nacional, participación local y nacional, entre otros aspectos más, porque dichos elementos contribuyen al cumplimiento de los objetivos de *participación nacional y la producción ecuatoriana*.

### 3.5. Políticas públicas y compras públicas oportunas<sup>284</sup>

---

<sup>279</sup> Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 31.

<sup>280</sup> *Ibíd.*, 32; Ecuador, *Constitución 2008*, arts. 52, 66 num. 25, 314, 315 y 336.

<sup>281</sup> Objetivos 4 y 5 del art. 9 de la LOSNCP.

<sup>282</sup> *Ibíd.*, 138.

<sup>283</sup> *Ibíd.*, 203.

<sup>284</sup> Objetivo 6 del art. 9 de la LOSNCP.

Las políticas públicas para el SNCP, se articulan con el objetivo de la participación ciudadana, siendo esta la vía para construir instrumentos que se orienten en el cumplimiento de los objetivos del sistema, lo que deberá complementarse con la activación de los mecanismos de vigilancia social respectivos, para garantizar su real concreción.<sup>285</sup>

Ahora bien, tratándose de contratación interadministrativa la interrogante sería ¿los contratos con empresas públicas y estatales concretizan las políticas públicas del SNCP? Según la consultora ecuatoriana Inés María Baldeón Barriga, si bien la empresa pública constituye un instrumento que debería servir para posibilitar cumplir con los objetivos, derechos y principios previstos en la Constitución y la ley, principalmente para corregir fallas del mercado; en la praxis han constituido medios que han afectado al mercado, por competencia desleal o distorsiones de la misma, afectando al empresariado privado, en algunos casos hasta su extinción.<sup>286</sup>

Del mismo modo conviene preguntarnos si ¿la contratación interadministrativa viabiliza la oportunidad en las compras públicas? La experiencia no es alentadora, porque la creación indiscriminada de empresas públicas, de economía mixta, y la participación del Estado en otras empresas que en su momento fueron exclusivamente privadas, ha tenido como consecuencia la ineficiencia de la mayoría de esas sociedades; por lo que personas jurídicas como la Empresa Pública Fabricamos Ecuador (Fabrec EP), fue declarada como contratista incumplida por la Corporación Nacional de Electricidad (CNEL EP),<sup>287</sup> y la Empresa Pública TAME Línea Aérea del Ecuador (TAME EP)<sup>288</sup>. Otro caso es el de la Empresa Pública Hidroequinoccio EP, sancionada por parte de la Empresa Electro Generadora del Austro S.A. (Elecaustro S.A.),<sup>289</sup> y la Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT EP), resolvió solicitar al SERCOP que se incluya como incumplida a la Empresa Pública Municipal Vial, de Construcciones, de Urbanización y Vivienda del cantón San Vicente de la provincia de Manabí (San Vicente Cambia EP).<sup>290</sup>

Las experiencias expuestas me permiten concluir que, la contratación con empresas públicas no garantizan el cumplimiento de las políticas públicas en materia de

---

<sup>285</sup> *Ibíd.*, 49.

<sup>286</sup> Baldeón Barriga, *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*, 38.

<sup>287</sup> Procedimiento de régimen especial n.º RE-CNELCORP-012-18.

<sup>288</sup> Procedimiento de régimen especial n.º RE-TAMEEP-003-2018.

<sup>289</sup> Procedimiento de régimen especial n.º RE-EEGA-001-2018.

<sup>290</sup> Procedimiento de régimen especial n.º RE-CNTEP-1300001869-2018-003.

contratación pública, ni las compras públicas oportunas; situaciones que son una consecuencia del ilimitado Estado empresario constitucionalizado, y al proteccionismo extremo legal, político e institucional en favor de las empresas públicas y estatales.

#### **4. Análisis de casos de contrataciones realizadas con empresas públicas**

En esta sección me referiré a tres casos específicos de contrataciones con empresas públicas y estatales, realizadas por entidades contratantes aplicando el régimen especial que prevé la LOSNCP, dichos casos han sido recopilados del Sistema Oficial de Contratación del Estado, de los cuales se analizará:

Si la administración basa sus actuaciones con hechos que respalden su potestad discrecional al momento de seleccionar el tipo de proceso para la adquisición de determinado bien o servicio. Para este propósito es necesario recordar que el principal requisito para el inicio de un procedimiento de contratación interadministrativo que establece el RGLOSNC, <sup>291</sup> es la resolución administrativa que debe emitir la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, en la que debe constar la *conveniencia y viabilidad técnica y económica* de la contratación que pretende realizar; se aprobará el pliego respectivo, el cronograma, y dispondrá el inicio del régimen especial, singularizando a la entidad o empresa que será invitada.

Así también se expondrá tres casos realizados mediante procedimientos participativos, a fin de reflejar la concurrencia que tienen este tipo de procesos tomando en cuenta que el objeto de contratación, es el mismo de las contrataciones interadministrativas realizadas. Con este punto de partida, procedemos a analizar las siguientes contrataciones.

##### **4.1. Contratación del Instituto Nacional de Contratación Pública (Incop) con la empresa Fabriequipos C.A. <sup>292</sup>**

El entonces Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), <sup>293</sup> mediante resolución n.º RI-INCOP-2013-0000256 de 29 de agosto de 2013, resolvió acogerse al

---

<sup>291</sup> Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 99.

<sup>292</sup> Procedimiento de régimen especial n.º RE-INCOP-0020-2013.

<sup>293</sup> Actualmente Servicio Nacional de Contratación Pública, llamado también Sercop por sus siglas.

procedimiento de *régimen especial* previsto en el número 8 del artículo 2 de la LOSNCP; y procedió a aprobar el pliego con el siguiente objeto: “ADQUISICIÓN DE MOBILIARIO PARA EL NUEVO EDIFICIO DEL INCOP Y LAS NUEVAS COORDINACIONES ZONALES DE IMBABURA Y TUNGURAHUA”. El presupuesto referencial de la contratación fue de US \$ 80.848,10 más el impuesto al valor agregado, y la empresa estatal seleccionada para el efecto fue Fabriequipos C.A.<sup>294</sup>

Revisada la motivación del mencionado acto administrativo, en su considerando octavo establece textualmente:

Que, la compañía FABRIEQUIPOS C.A. es una empresa cuyo único accionista es el Fideicomiso Mercantil AGD-CFN-NO MÁS IMPUNIDAD, en representación del Estado, de conformidad con la Resolución No. AGD-UIO-GG-2008-075, de 14 de octubre de 2008, suscrita por el Dr. [...], a esa fecha Gerente General de la Agencia de Garantía de Depósitos, y de conformidad con el certificado de Socios y Accionistas de dicha compañía, emitido por la Superintendencia de Compañías. Por ende, es aplicable el Régimen Especial previsto en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.<sup>295</sup>

Como se podrá observar, la *razonabilidad* del considerando no es suficiente para acogerse a la *contratación interadministrativa* prevista en la normativa del SNCP, y en los considerandos previos y posteriores al transcrito, no existe ninguna otra justificación de la *conveniencia y viabilidad técnica y económica* para acogerse a dicho régimen especial, siendo necesario acudir a la demás documentación de las etapas preparatoria y precontractual publicada en el portal de compras públicas; por lo que entre esa información ubiqué el formulario de requerimiento de contratación, en el cual consta el casillero denominado *justificación técnica o económica para la selección del proveedor detallado en el punto 12*,<sup>296</sup> cuyo texto es exactamente el mismo que consta en el considerando octavo antes transcrito literalmente. Dicho esto caben algunas consideraciones.

La LOSNCP establece como *objeto* el desarrollo de los principios y normas para la contratación de bienes, la ejecución de obras y prestación de servicios; en este caso el

---

<sup>294</sup> Esta empresa es una sociedad anónima, incautada por la desaparecida Agencia de Garantías de Depósitos, y cuyo único accionista es el Fideicomiso Mercantil AGD-CFN-NO MÁS IMPUNIDAD, consecuentemente el capital de dicha empresa es del Estado en un 100%, adecuando a lo previsto en el número 8 del artículo 2 de la LOSNCP.

<sup>295</sup> Ecuador Instituto Nacional de Contratación Pública, *Resolución n.º RI-INCOP-2013-0000256*, 29 de agosto de 2013, 2.

<sup>296</sup> En este casillero constan los datos del proveedor en caso de contratación directa, en el que está registrado Fabriequipos C.A., con RUC n.º 0990656924001.

propósito de la contratación evidentemente es la *adquisición de bienes*,<sup>297</sup> siendo aplicable lo que prevé el artículo 46 de la ley en mención; es decir que el INCOP, en su calidad de *entidad contratante*, tenía la obligación de consultar el *catálogo electrónico*, a fin de descartar que el mobiliario requerido se encuentre disponible en el mismo; y, solo en el caso de que los bienes requeridos no estuvieren catalogados, podía aplicar otros procedimientos de selección para la adquisición de tales bienes; en este caso debió aplicar el procedimiento de *subasta inversa electrónica*, como lo ordena el artículo 47 de la ley de la materia. Debo hacer notar que el INCOP, siendo el ente rector y órgano de control en materia de contratación pública, según la información publicada en su portal, omitió realizar la verificación para determinar si el mobiliario requerido –en todo o en parte– se encontraba catalogado.

Sin perjuicio de lo dicho, el INCOP estaba legalmente facultado para ejercer su *potestad discrecional*, y optar por la *contratación interadministrativa* con empresas públicas o estatales, pero esta decisión necesariamente requería de una justificación que debía recogerse en informes obligatorios para que el procedimiento sea realizable, y en consecuencia debieron haberse publicado en el portal de compras públicas, lo que no ocurrió, y únicamente la decisión de acudir al régimen especial se sustentó en la naturaleza jurídica del *proveedor*; en otras palabras, fue elegido porque se adecuó a lo que prevé el artículo 2 número 8 de la LOSNCP; esto es, porque el capital suscrito de la empresa proveedora, pertenecía en más del 50% a una entidad de derecho público; pero no se estableció la razonabilidad de la viabilidad técnica y económica de dicha contratación, conforme lo ordena el artículo 99 número 1 del RGLOSNCP.

#### **4.2. Contratación de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT EP) con la Empresa Pública Municipal Vial, de Construcciones, de Urbanización y Vivienda del cantón San Vicente (San Vicente Cambia EP)<sup>298</sup>**

La Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT EP) con resolución n.º RE-CNTEP-1300001947-2018-01 de 20 de agosto de 2018, resolvió autorizar el inicio del procedimiento de *régimen especial* entre entidades públicas o sus subsidiarias;

---

<sup>297</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 6 num. 5. Prescribe que, aun cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, se entenderá que el procedimiento es de adquisición de bienes.

<sup>298</sup> Procedimiento de régimen especial n.º RE-CNTEP-1300001947-2018-01.

aprobando el pliego con el siguiente objeto: “MOBILIARIO PARA REMODELACIÓN DE LOS CENTROS INTEGRADOS DE SERVICIOS (CIS) PRIORITARIOS, EN LOS PUNTOS DE PRESENCIA DE IBARRA CENTRO, TULCÁN, ESMERALDA CENTRO, VILLAFLORA, VIVALDI, IÑAQUITO, RIOBAMBA CENTRO, AMBATO SUR Y SANTO DOMINGO CENTRO DE LA CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP”. La proveedora invitada fue Empresa Pública Municipal Vial, de Construcciones, de Urbanización y Vivienda del cantón San Vicente (San Vicente Cambia EP).<sup>299</sup>

Al igual que en el caso anterior, analizada la motivación del acto administrativo, en su considerando décimo sexto literalmente dice:

Que, dentro del mismo resumen ejecutivo la unidad requirente manifiesta lo siguiente: “(...) Se ha considerado realizar la contratación a través del procedimiento de régimen especial entre entidades del sector público, por los beneficios que esto significa para el Estado, por lo que se ha contemplado invitar a la Empresa Pública Municipal Vial; de Construcciones; de Urbanización y Vivienda del cantón San Vicente denominada: ‘SAN VICENTE CAMBIA EP’, creada mediante Ordenanza Municipal No. 0, publicada en el Registro Oficial No. 759 de 20 de mayo de 2016, la que regula la organización y funcionamiento de la misa.- La Ordenanza antes citada, establece que la Empresa Pública San Vicente Cambia EP, es una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión; y, podrá presta sus servicios fuera del domicilio principal de forma directa o a través de empresas filiales, subsidiarias, agencias o unidades de negocio.- La empresa Pública Municipal Vial; de Construcciones; de Urbanización y Vivienda del cantón San Vicente denominada: ‘SAN VICENTE CAMBIA EP’, cuenta dentro sus actividades consideradas tanto en el Registro Único de Proveedores –RUP–, como en el Registro único de Contribuyentes, RUC 1360086250001, se detallan venta de mobiliario, lo cual estaría relacionado con el objeto contractual.”<sup>300</sup>

De forma similar a la contratación realizada por el INCOP, la supuesta *razonabilidad* de la decisión para acogerse al *régimen especial* es insuficiente para, y en los considerandos previos y posteriores al antes transcrito, tampoco existen otras razones que fundamenten la *conveniencia* y *viabilidad técnica y económica* para la contratación entre las empresas públicas en mención, y revisado el denominado *resumen ejecutivo* publicado en el portal de compras públicas; los únicos argumentos que constan son los supuestos beneficios que significan para el Estado contratar a una empresa pública, los cuales no están desarrollados; y, que la invitada dentro de sus actividades –

---

<sup>299</sup> Esta empresa pública seccional, creada por ordenanza del gobierno autónomo descentralizado municipal de San Vicente.

<sup>300</sup> Ecuador Corporación Nacional de Telecomunicaciones, *resolución n.º RE-CNTEP-1300001947-2018-01*, 20 de agosto de 2018, 5.

giro del negocio—, tiene la *venta de mobiliario*; sin que dicho documento exprese y explique ninguna otra circunstancia.

A esta contratación le son aplicables las mismas consideraciones que expuse en el caso del INCOP con Fabriequipos C.A., excepto por dos aclaraciones que es necesario hacer. Por una parte, CNT EP sí realizó la verificación en el catálogo electrónico; y, por otra, la Empresa Pública Municipal Vial, de Construcciones, de Urbanización y Vivienda del cantón San Vicente, no es una empresa de las incautadas por la ex AGD, sino que fue creada al amparo de la LOEP.

Adicionalmente debo agregar que, apenas un par de meses después, CNT EP realizó otro procedimiento de contratación de mobiliario,<sup>301</sup> denominado “ADQUISICIÓN DE MOBILIARIO CORPORATIVO PARA LOS CENTROS INTEGRADOS DE SERVICIO PARA LOS EDIFICIOS DE LA CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES MANABÍ”, en esta ocasión aplicando el procedimiento de contratación de subasta inversa electrónica, resultando adjudicada una empresa privada; y, comparadas las tablas de cantidades y precios de ambas contrataciones varían, lo que a mi criterio evidencia que el *régimen especial* al que me he referido, no se encuentra debidamente motivado, en los términos que establece la normativa del SNCP. A través del presente caso, se puede evidenciar cómo, la falta de criterio para seleccionar determinado proceso, afecta la participación de proveedores que se encuentran en la capacidad de ofertar los bienes requeridos por la institución, ya que en el procedimiento de subasta inversa electrónica realizada, se evidencia la participación de 4 proveedores. En mi experiencia, esto ocurre cuando no se ha planificado la oportuna contratación del bien o servicio, hecho que presiona a la institución a seleccionar procedimientos que permitan obtener el bien o servicio lo más pronto posible; aplicando en consecuencia un procedimiento de régimen especial en virtud de que este requiere menos esfuerzo que una subasta inversa electrónica, por mencionar un ejemplo.

#### **4.3. Contratación de la Universidad Técnica de Ambato con la Empresa Pública de la Universidad Técnica de Ambato**

---

<sup>301</sup> Procedimiento de subasta inversa electrónica n.º SIE-CNTEP-114821-2018.

Por último, la Universidad Técnica de Ambato según la resolución n.º R-RES.CP-104-2018 de 20 de noviembre de 2018, resolvió disponer el inicio del procedimiento de *régimen especial*, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 del RGLOSNC; y procedió a aprobar el pliego con el siguiente objeto: “DISEÑO, FABRICACIÓN E INSTALACIÓN DE MOBILIARIO ESPECIALIZADO PARA EL EDIFICIO DE LABORATORIO DE INVESTIGACIÓN DE LA FACULTAD DE CIENCIAS E INGENIERÍA EN ALIMENTOS Y PARA EL EDIFICIO DE AULAS 1 DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO”. El presupuesto referencial de la contratación se estableció en US \$ 426.749,72, y la empresa pública invitada fue la Empresa Pública de la Universidad Técnica de Ambato.

Revisada la motivación del mencionado acto administrativo, en los considerandos décimo a décimo tercero y décimo séptimo se menciona:

Que, el artículo 66 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación determina: *‘Las instituciones públicas, tanto universidades y escuelas politécnicas como institutos de investigación científica, previa resolución motivada expedida por la autoridad máxima que justifique la relación directa con actividades tendientes a la investigación científica responsable, los procesos investigativos pedagógicos, el desarrollo tecnológico estarán autorizados a acogerse a un régimen especial de contratación directa con proveedores nacionales o extranjeros para la contratación de servicios y adquisición de bienes para estos fines.’*;

Que, el capítulo II, del título II, del Reglamento General al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, se establece el ámbito de aplicación del proceso de Régimen Especial de contratación de servicios y adquisición de bienes para la investigación responsable; es así que el artículo 23, faculta a la máxima autoridad de las instituciones públicas, tanto universidades y escuelas politécnicas como institutos de investigación científica, establezcan la reglamentación del procedimiento correspondiente;

Que, con la publicación de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Superior en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 297 de fecha 2 de agosto de 2018, se introduce entre sus reformas la relacionada con los procesos de contratación, estableciendo para las Instituciones de Educación Superior Públicas, un Régimen Especial de Contratación, conforme así lo prescribe el Art. 23.1, al señalar lo que sigue:

*‘Régimen especial de compras públicas.- Las instituciones de educación superior públicas tendrán un Régimen especial de compras públicas, el mismo que será regulado por el órgano técnico rector de la contratación pública en coordinación con los organismos públicos de educación superior.’*

Que, es necesario atar las funciones sustantivas de docencia, investigación y vinculación que cumplen las Instituciones de Educación Superior, con relación a los procesos de contratación establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Contratación Pública, con la finalidad de establecer procedimientos simplificados en los procesos de adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras. [...] <sup>302</sup>

En el caso de esta contratación en particular, la *razonabilidad* de los considerandos omite completamente la normativa del SNCP, y su motivación solo recoge lo que expresa el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, su reglamento general, <sup>303</sup> y la Ley Orgánica de Educación Superior reformada, disposiciones de cuya revisión y análisis se concluye que no son aplicables, porque la necesidad de la universidad fue de mobiliario de ciertas características para un laboratorio de investigación, y de mobiliario común o general para una facultad; y contrario a lo que se dice en el acto administrativo de inicio del procedimiento, la normativa citada remite dicha contratación a la LOSNCP y demás normas secundarias. <sup>304</sup>

Asimismo, no existe una justificación de la *conveniencia y viabilidad técnica y económica* para acogerse a la *contratación interadministrativa* con la empresa pública de la universidad; y, de los documentos de las etapas preparatoria y precontractual publicada en el portal de compras públicas, en ninguno consta argumento técnico o económico para tal contratación. Entonces una vez más, la decisión de aplicar el régimen especial, tuvo como único sustento la naturaleza pública de la empresa proveedora.

Otro aspecto criticable, es que la Empresa Pública de la Universidad Técnica de Ambato, según su objeto, está en condiciones de ofertar servicios de capacitación, consultoría, fiscalización, construcción de obras, importación de equipos, administración de bienes y operaciones comerciales, entre otras más; <sup>305</sup> evidenciándose que estaría en condiciones de hacer prácticamente todo lo que se le pueda pedir, que

---

<sup>302</sup> Ecuador Universidad Técnica de Ambato, *resolución n.º R-RES.CP-104-2018*, 20 de noviembre de 2018, 2-3.

<sup>303</sup> Ecuador, *Reglamento General al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*, Registro Oficial 9, Suplemento, 7 de junio de 2017, art. 23. Esta disposición establece que se podrán contratar por régimen especial de contratación directa los siguientes bienes y servicios: 1. Servicios de transporte, alimentación, hospedaje y honorarios, y demás costos relacionados a la contratación de expertos cuyos servicios vayan a ser destinados a proyectos de investigación; 2. Materiales usados en la investigación, tales como materiales de laboratorio, bases de datos, libros u otra información científica, equipos electrónicos para la investigación en general, maquinaria y herramientas utilizadas en la investigación; y, 3. Servicios de capacitación y asesoría especializada para la investigación científica o pedagógica y el desarrollo tecnológico.

<sup>304</sup> *Ibíd.*, art. 23, inc. antepenúltimo; aquí se indica que para los demás objetos de contratación no contemplados en dicho artículo, se aplicará el régimen general del SNCP, que era lo procedente.

<sup>305</sup> Ecuador Universidad Técnica Ambato, “LA UTA-EP OFERTA SUS SERVICIOS”, Boletín 009, 27 enero de 2017, 1, <https://uta.edu.ec/v3.2/uta/boletines/5.pdf>.

desde mi punto de vista, desdice a una empresa pública, más aún a una que debería enfocarse en aspectos netamente de educación superior, por pertenecer y formar parte de una universidad.

De los casos expuestos, se evidencia que la falta de razonabilidad de las instituciones, al elegir una contratación interadministrativa con empresas públicas o estatales sin la justificación que la respalde, perjudica la participación de proveedores de índole privado que se encuentran en la capacidad de ofertar sus productos.

Considerando el *objeto* de contratación de los casos analizados, es importante señalar que este es completamente normalizado, existiendo en consecuencia varios proveedores que se encontraban en la posibilidad de ofertar lo requerido por las instituciones contratantes.

A manera de ejemplo, podemos mencionar el caso del ex Ministerio del Comercio del Exterior, que mediante resolución n.º MCE-CGAF-2013-0126-M, de 25 de noviembre de 2013, resolvió disponer el inicio del procedimiento de *subasta inversa electrónica* n.º SIE-MCE-006-2013, y procedió a aprobar el pliego con el siguiente objeto: “ADQUISICIÓN E INSTALACIÓN DE MOBILIARIO PARA LAS OFICINAS DEL MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR EN LA CIUDAD DE GUAYAQUIL”, en dicho proceso, hubo participación de nueve oferentes.

Así mismo, con resolución n.º DEJ-CENACE-055-2019, de 10 de octubre del 2019, el director ejecutivo de Operador Nacional de Electricidad, conocido como Cenace, resolvió disponer el inicio del procedimiento de *subasta inversa electrónica* n.º SIE-CEN-DEJ-002-2019, y procedió a aprobar el pliego para la “ADQUISICIÓN DE MOBILIARIO”, en el que hubo una concurrencia de cinco proveedores.

## **5. Efectos de la contratación interadministrativa con empresas públicas y estatales nacionales**

De la casuística de contratación pública interadministrativa antes expuesta, en primera instancia podemos extraer dos tipos de efectos, uno de naturaleza jurídica, y otros de esencia económica.

En lo que concierne a los *efectos jurídicos* debemos considerar que, el régimen especial de contratación con empresas públicas o estatales debe observar los requisitos que prescribe la norma, que son el *criterio subjetivo*, que se refiere a los actores del

procedimiento, *contratante y contratista*; y, el *criterio objetivo*, que concierne el objeto de la contratación.<sup>306</sup>

El primer criterio, como se expuso antes, viene dado por la naturaleza de las partes que intervienen en la contratación interadministrativa; siendo suficiente identificar a la entidad contratante y a la empresa pública o estatal que asume la calidad de proveedor. En los casos expuestos, esta verificación, indudablemente existió y se justificó documentadamente, lo cual es correcto. El segundo criterio, que tiene que ver con el objeto contractual, el cual estaba identificado y definido, conociéndose cuáles eran las características de los bienes, la cantidad, el plazo de entrega, y el precio máximo a cancelar por los mismos.

Empero, aun cuando en la generalidad de los casos se conocen los mencionados criterios, para escoger de una forma *discrecional* entre dos procedimientos igualmente válidos, uno por concurso y otro con un único invitado; en este segundo caso la norma inteligentemente prevé una justificación racional, que deja de lado lo discrecional y se transforma en una atribución *reglada*, porque necesariamente se debe contar con un informe técnico y otro económico, que faculten a toda contratante a desplazar los principios de concurrencia y competencia, y la remplacen por la elección directa y sin oposición entre varios oferentes. Y de todas las contrataciones mencionadas, ninguna de ellas contaba con esos instrumentos justificativos, por lo que las mismas –en mi apreciación– fueron *arbitrarias*, por no contar con los respaldos suficientes, según los parámetros previstos en la norma.<sup>307</sup>

Lo antes indicado nos conlleva a afirmar, que toda contratación interadministrativa con empresas públicas o estatales, que no cuenten con los informes de conveniencia técnica y económica, debidamente sustentados; es decir no solo en la forma sino en el fondo, vulneran los principios de legalidad (juridicidad), trato justo, igualdad, concurrencia, y por supuesto la libre competencia.

En derecho comparado, como es el caso de España, el autor José Antonio Moreno Molina, identifica aquellos casos de contratación por negociación directa, de urgencia y de excepción –que los podríamos asimilar a nuestros casos de contratación directa, emergencia y régimen especial (por invitación)–, en los que se permite la impugnación en sede administrativa y jurisdiccional, no solo por parte de aquellos que intervinieron en el procedimiento respectivo, sino que puede ser ejercida por cualquiera

---

<sup>306</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 223.

<sup>307</sup> Dávila Castro, *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana*, 191.

que tenga o hubiera tenido interés en que la contratación se realice de forma pública, transparente, abierta a todos los posibles participantes y en términos de libre competencia. Pero además, procede la impugnación cuando se trata de bienes uniformes,<sup>308</sup> equivalentes a lo que nuestra legislación ha denominado *bienes normalizados*, y que en nuestro caso se extendería a los *servicios normalizados*.<sup>309</sup>

En lo que respecta a los *efectos económicos*, considero que en la práctica se da una inadecuada justificación de la conveniencia y viabilidad económica de una contratación directa con una empresa pública o estatal, cuando se prescinde de un adecuado *estudio de mercado*, a pretexto de la naturaleza pública del proveedor,<sup>310</sup> asumiendo que al tratarse de un contrato entre entes públicos, no hay perjuicio al Estado; o, cuando se descuida la obligación de toda entidad de realizar un sesudo *análisis costo-beneficio* de la contratación,<sup>311</sup> tal y como lo dispone la normativa secundaria del SNCP,<sup>312</sup> y de la Contraloría General del Estado.<sup>313</sup>

Adicionalmente, en las contrataciones con empresas públicas o estatales, se descuida el importantísimo requisito de los *estudios*,<sup>314</sup> muy necesarios en determinados proyectos según su naturaleza; como en el caso de la ejecución de consultorías, de las cuales a su vez puede depender la construcción de obras. Tratándose de aquellas, los *términos de referencia* deben tener las mismas exigencias como si se tratara de un *consultor* del sector privado. Mientras que en obras, los estudios deben ser completos, actuales y definitivos, porque son los que establecen el presupuesto referencial, el porcentaje de bienes y servicios a incorporarse en el proyecto (desagregación

---

<sup>308</sup> José Antonio Moreno Molina, “Procedimiento Negociado”, en José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, 528-9.

<sup>309</sup> Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, art. 42., que define a los bienes y servicios normalizados como aquellos cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas, homologadas, categorizadas, catalogadas por la entidad contratante; y en consecuencia, dichas características o especificaciones son homogéneas y comparables en igualdad de condiciones.

<sup>310</sup> Ecuador, *Codificación y Actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, art. 9 num. 2; Ecuador, *Normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos*, Registro Oficial 87, Suplemento, 14 de diciembre de 2009, 408-05 a 408-07.

<sup>311</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 166.

<sup>312</sup> Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 20; Ecuador, *Codificación y Actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018, art. 298.

<sup>313</sup> Ecuador, *Normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos*, Registro Oficial 87, Suplemento, 14 de diciembre de 2009, 406-03, 408-01, 408-02, 408-04, 408-05, 408-06, 408-07, 408-33, 410-06 a 410-08.

<sup>314</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, art. 23.

tecnológica), el margen de preferencia a proveedores locales, a los actores de la economía popular y solidaria, y a micro y pequeñas empresas (compra de inclusión), y todos los demás aspectos técnicos y especializados que amerita toda infraestructura.<sup>315</sup>

En la actualidad, tal y como se está llevando las contrataciones con empresas públicas nacionales en el Ecuador, estas no cuentan con la motivación que justifique la conveniencia técnica y económica de realizar dicho procedimiento, se estaría atentando con la *conurrencia* de proveedores confiables y competitivos, limitando así la participación de empresas privadas; sin embargo, considerando el análisis expuesto en el presente trabajo, la contratación con empresas públicas nacionales, tendría un efecto positivo, en el momento que los objetivos de la LOSNCP y de la LOEP se articulen, por que únicamente ahí, el SNCP se convertiría en un mecanismo más para el cumplimiento de los fines de las empresas públicas, siendo ésta la correcta motivación o la viabilidad técnica y económica que respaldaría realizar una contratación interadministrativa.

No se debe olvidar que las empresas públicas desarrollan un rol fundamental que es la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos, por tanto, no deberían desviar sus objetivos al posesionarse como proveedores del Estado.

Con base a lo expuesto, la contratación interadministrativa procede cuando los objetivos de la *contratación pública* se articulan con los objetivos de las *empresas públicas*, principalmente de aquellos que se refieren a la dinamización de la producción nacional y la reactivación y desarrollo del aparato productivo, la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, la prestación eficiente de servicios públicos socialmente equitativos, el beneficio a sectores económicos y sociales específicos, la prevención y corrección de conductas que pudieren afectar a usuarios y consumidores en el aprovisionamiento y acceso a bienes y servicios; y, limitar la intervención de las empresas públicas o estatales nacionales a determinados sectores regulados. Todo lo cual deberá estar justificado en la viabilidad y conveniencia técnica y económica que exige toda contratación interadministrativa; evitando así que esa falta de sometimiento de las empresas públicas y estatales a procedimientos de contratación por concurso y con oposición de otros oferentes, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia; que afecten la eficiencia económica y el bienestar general, o inclusive que

---

<sup>315</sup> Poveda Almeida, *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*, 181-3.

vulneren los derechos de los consumidores o usuarios.<sup>316</sup> A manera de ejemplo me permito plantear el siguiente escenario que justificaría una contratación interadministrativa con una empresa pública.

En julio de 2019, el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (Mintel), presentó la política pública para conectividad total del país, denominada *Ecuador Digital*, que tiene como objetivo transformar la economía ecuatoriana, en una basada en tecnologías digitales, a través de la disminución de la brecha digital, el desarrollo de la sociedad de la información y del conocimiento, el gobierno digital, la eficiencia de la administración pública y la adopción digital en los sectores sociales y económicos.<sup>317</sup>

Dentro de esta política se encuentran tres programas de acción: *Ecuador conectado*, *Ecuador eficiente y ciberseguro*, y *Ecuador innovador y competitivo*, los que tienen como metas principales las siguientes:<sup>318</sup>

1. *Ecuador conectado*: lograr un 98% de conectividad de servicios de telecomunicaciones al 2021.
2. *Ecuador eficiente y ciberseguro*: alcanzar un 80% de trámites en línea del gobierno central, hasta el año 2021.
3. *Ecuador innovador y competitivo*: implementar una Agenda Nacional de Transformación Digital.

Dentro del programa *Ecuador Conectado*, además de pretender alcanzar una cobertura del 98% en los servicios de telecomunicaciones, se encuentra la reducción de precios de ese servicio, y la instalación de 1000 zonas gratuitas de internet inalámbrico, entre otros.<sup>319</sup>

Uno de los ejes de la cobertura en los servicios de telecomunicaciones, busca adjudicar frecuencias para la entrada de la televisión digital, y una vez implementada, la entrega de decodificadores a población económicamente vulnerable.<sup>320</sup>

---

<sup>316</sup> Bonilla Guerrero, “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, 32.

<sup>317</sup> Ecuador Mintel, Acuerdo No. 015-2019, Registro Oficial 69, 28 de octubre de 2019, art. 2.

<sup>318</sup> Ecuador Mintel, “Ecuador Digital”, *Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información*, 2019, 3, <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2019/05/PPT-Estrategia-Ecuador-Digital.pdf>.

<sup>319</sup> *Ibíd.*, 5.

<sup>320</sup> *Ibíd.*, 8

Otro de los ejes es la reducción de los precios de internet, desplegando redes comunitarias de internet sin fines de lucro, para beneficiar a 127.000 hogares que accederían al servicio con tarifas reducidas.<sup>321</sup>

Un último eje que complementa a lo anterior, es la aspiración de desplegar mil puntos de internet inalámbrico gratuito en zonas priorizadas de alta concurrencia, lo cual permitirá incrementar del 24% al 52% los municipios que brinden puntos de acceso libre a internet.<sup>322</sup>

Como se puede observar, los objetivos antes mencionados –no son todos–, tienen un enfoque social, que superarían las aspiraciones económicas de las empresas privadas; pero aquellos sí son objetivos estatales, que bien pueden acoplarse con el concepto de *rentabilidad social* que establece la LOEP, para que el Estado sea quien constituya subvenciones y aportes estatales que garanticen la expansión y continuidad de los servicios públicos en zonas en las que exista déficit de los mismos o para los sectores de atención social prioritaria.<sup>323</sup>

En relación con el párrafo anterior, los ejes del programa *Ecuador Conectado*, se enmarcan dentro de al menos tres *objetivos* de la LOEP, porque tienen como fin alcanzar metas fijadas en las políticas del Estado ecuatoriano; contribuir a la satisfacción de las necesidades básicas de sus habitantes, prestando servicios públicos eficientes con equidad social; y, porque crearían el marco jurídico adecuado para que el Estado establezca apoyos, subsidios u otras ventajas de carácter temporal, en beneficio de sectores económicos y sociales determinados.<sup>324</sup> Estos a su vez se articulan con otros tres *objetivos* de la LOSNCP, como el gasto público ejecutado conforme a la planificación institucional, gubernamental y de los organismos seccionales, vinculado con el Plan Nacional de Desarrollo; y la simplificación y adecuación de los procesos de contratación, acorde a las necesidades de las políticas públicas.<sup>325</sup>

Por último, una contratación por *régimen especial* con una empresa pública como la CNT EP, en este caso se justificaría, considerando el giro específico del

---

<sup>321</sup> *Ibíd.*, 9.

<sup>322</sup> *Ibíd.*, 10.

<sup>323</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009, art. 40.

<sup>324</sup> *Ibíd.*, art. 2, núms. 2, 4 y 7.

<sup>325</sup> Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, art. 9 núms. 1, 6 y 8.

negocio, y el hecho de que al menos tres o cuatro de sus objetivos, se sintonizan con los antes enunciados, y que constan tanto en la LOSNCP y la LOEP.<sup>326</sup>

---

<sup>326</sup> Ecuador, *Decreto Ejecutivo 218*, Registro Oficial 122, 3 de febrero de 2010, art. 1,2, 10 y 11.

## Conclusiones

Según la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la naturaleza jurídica de las empresas públicas y estatales ecuatorianas, obedece al criterio del capital de constitución, en la que el Estado puede tener la mayoría o la totalidad de participación, siendo estas empresas: anónimas, de economía mixta y públicas; las que se someten a un régimen jurídico de Derecho Público y de Derecho Privado.

Las empresas públicas que producen bienes o prestan servicios que pueden ofrecer empresas privadas, deberían enfocarse en convertirse en agentes económicos competitivos dentro del mercado nacional, y proveer al Estado y sus instituciones, no al amparo de un régimen especial, sino del régimen común de libre competencia y competencia; reduciendo la contratación interadministrativa a aquellos campos en los que el sector privado no tiene interés o no está en condiciones de ofertar.

Los principios como competencia, trato justo, igualdad, transparencia y publicidad, así como los objetivos de participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas; de incentivar y garantizar la mayor participación de proveedores; de garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad, se relativizan o se diluyen en los procedimientos de contratación interadministrativa con empresas públicas y estatales, cuando no se justifica la conveniencia y viabilidad técnica y económica, que respalde esas contrataciones. La mera naturaleza jurídica de las empresas públicas no debe limitar la motivación técnica y económica que debe efectuarse para justificar estas contrataciones y en consecuencia omitir estudios de mercado que reflejen y transparenten la correcta selección del procedimiento, del objeto de contrato y su presupuesto. La falta de planificación y de oportunidad perjudican la participación de proveedores de índole privado que se encuentran en la capacidad de ofertar sus productos.

De los casos de contratación interadministrativa analizados en esta investigación, se evidencia que las entidades contratantes no motivan técnica ni económicamente la conveniencia y viabilidad para contratar con empresas públicas y estatales, lo que ocasiona que las compras públicas hechas en estas circunstancias sean totalmente arbitrarias.

En materia de contratación pública, el objetivo debería ser el fortalecimiento de las empresas públicas y privadas que concurren y compitan libremente al mercado, y que oferten los mejores costos en bienes o servicios normalizados; en obras, bienes o servicios no normalizados, y en consultoría, sin la necesidad de la aplicación de un régimen especial como el actual, sino uno más restringido, y justificado únicamente por razones de *interés común*.

La forma como actualmente las instituciones del Estado están llevando la contratación con empresas públicas nacionales, es arbitraria ya que no emplean justificativos que verdaderamente respalden económica y técnicamente dicho procedimiento, perjudicando en consecuencia la libre participación de proveedores.

Si bien la norma establece como fundamental la justificación de la conveniencia técnica y económica para contratar con empresas públicas, aún existen aspectos discrecionales, que giran en torno a su correcta justificación y en consecuencia motivación para respaldar la contratación interadministrativa. La contratación interadministrativa debería proceder cuando el objeto de la contratación guarde estrecha relación con el giro específico de negocio de la empresa pública invitada y los objetivos de la contratación pública se articulen con los objetivos de las *empresas públicas*, lo que en la práctica deben reflejarse en la justificación plena de la viabilidad y conveniencia técnica y económica que exige el procedimiento previsto en el RGLOSNC. Si no hay los elementos suficientes para tal justificación, obligatoriamente se debe acudir a los procedimientos del régimen común, según el objeto y monto de la contratación.

Se debería regular y controlar de mejor manera la contratación interadministrativa, porque si las entidades contratantes disponen de discrecionalidad para optar por uno u otro procedimiento de contratación, el ejercicio de dicha facultad debe ser técnica y no arbitraria.

El momento en que los objetivos de la LOSNCP y la LOEP se articulen de mejor manera, y el objeto de contratación gire en torno al giro específico inherente al de la empresa pública nacional, la contratación pública podría incluso, ser un mecanismo más para el cumplimiento de los fines de las empresas públicas, siendo ésta la correcta motivación o la *viabilidad técnica y económica* que respaldaría realizar una contratación con empresas públicas.

## Bibliografía

- Baldeón Barriga, Inés María, y Carlos Baldeón Barriga. *Sistema Nacional de Contratación Pública – Análisis y comentarios sobre los nuevos procedimientos de contratación vigentes*, 2.<sup>a</sup> ed. Quito: Mikarian, 2011.
- Baldeón Barriga, Inés María. *La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*. Quito: Grupo Empresarial CEAS, 2015.
- Bermejo Vera, José, dir., y Miguel Ángel Bernal Blay, coord. *Diccionario de contratación pública*. Madrid: Iustel, 2009.
- Bonilla Guerrero, Liz Tatiana. “Aplicabilidad y eficacia del principio constitucional de libre competencia en los procedimientos de Régimen Especial realizados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2015. <http://hdl.handle.net/10644/4786>.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: LexisNexis, 1998.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*, t. 1. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2006.
- Córdova Vinuesa, Paúl. *Corrupción e impunidad en la contratación pública*. t. 1. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019.
- Dávila Castro, Pablo. *Teoría general de la contratación pública ecuatoriana*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2015.
- Dromi, Roberto. *Derecho administrativo*. 13.<sup>a</sup> ed., t. 1, t. 2. Buenos Aires: Ciudad Argentina / Hispania Libros, 2015.
- Ecuador Mintel, *Acuerdo No. 015-2019*. Registro Oficial 69, 28 de octubre de 2019.
- Ecuador Mintel, “Ecuador Digital”. *Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información*. 2019. <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2019/05/PPT-Estrategia-Ecuador-Digital.pdf>.
- Ecuador Presidencia de la República del Ecuador, *oficio n.º PR-SGPR-2018-6942-O de 30 de agosto de 2018*. Quito: Presidencia de la República, 2018. [https://www.sicorp.com.ec/pdf/libre\\_competencia\\_mercado.pdf](https://www.sicorp.com.ec/pdf/libre_competencia_mercado.pdf).

- Ecuador Sercop, *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*. Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018.
- Ecuador Universidad Técnica Ambato, “LA UTA-EP OFERTA SUS SERVICIOS”, Boletín 009, 27 enero de 2017. <https://uta.edu.ec/v3.2/uta/boletines/5.pdf>.
- Ecuador, “*ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR UNA PARTE, Y COLOMBIA Y EL PERÚ, POR OTRA*” Y *ANEXOS*, Registro Oficial 808, Edición Especial, 23 de diciembre de 2016.
- . *Codificación de la Ley de Compañías*. Registro Oficial 312, 5 de noviembre de 1999.
- . *Codificación del Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- . *Codificación y Actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 245, Edición Especial, 29 de enero de 2018.
- . *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017.
- . *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*. Registro Oficial 899, Suplemento, 9 de diciembre de 2016.
- . *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010.
- . *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización*. Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010.
- . *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial 306, Suplemento, 22 de octubre de 2010.
- . *Código Orgánico Tributario*. Registro Oficial 38, Suplemento, 14 de junio de 2005.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Decreto Ejecutivo 258*. Registro Oficial 66, 18 de abril de 2007.
- . *Decreto Ejecutivo 218*. Registro Oficial 122, 3 de febrero de 2010.
- . *Decreto Ejecutivo 338*. Registro Oficial 263, Suplemento, 9 de junio del 2014.
- . *Decreto Ejecutivo 559*. Registro Oficial 387, Suplemento, 13 de diciembre de 2018.
- . *Decreto Ejecutivo 6*. Registro Oficial 16, Suplemento, 16 de junio de 2017.

- . *Decreto Ejecutivo 744*. Registro Oficial 221, 28 de noviembre de 2007.
- . *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva*, Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002.
- . *Ley Orgánica de Educación Superior*. Registro Oficial 298, Suplemento, 12 de octubre de 2010.
- . *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro Oficial 48, Suplemento, 16 de octubre de 2009.
- . *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002.
- . *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004.
- . *Ley Orgánica de Participación Ciudadana*. Registro Oficial 175, Suplemento, 20 de abril de 2010.
- . *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011.
- . *Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*. Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de noviembre de 2004.
- . *Ley Orgánica del Servicio Público*. Registro Oficial 294, Suplemento, 6 de octubre de 2010.
- . *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008.
- . *Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública*. Registro Oficial 966, Suplemento, 20 de marzo de 2017.
- . *Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 100, Segundo Suplemento, 14 de octubre de 2013.
- . *Normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos*. Registro Oficial 87, Suplemento, 14 de diciembre de 2009.
- . *Reglamento del artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial 329, 26 de noviembre de 2010.
- . *Reglamento General al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación*. Registro Oficial 9, Suplemento, 7 de junio de 2017.

- . *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 697, 7 de mayo de 2012.
- . *Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública*. Registro Oficial 686, 18 de octubre de 2002.
- . *Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial 697, 7 de mayo 2012.
- Escartín Escudé, Víctor. “Principios Generales de la Contratación Pública”. En José Bermejo Vera, dir., y Miguel Ángel Bernal Blay, coord. *Diccionario de Contratación Pública*, 506. Madrid: Iustel, 2009.
- Galarza Erazo, Jaime. “Transformación de la matriz productiva”. En Colegio de Economistas de Pichincha, edit. *Análisis Económico* 25, 67. Quito: Colegio de Economistas de Pichincha, 2013.
- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández. *Curso de derecho administrativo*, 1.<sup>a</sup> ed. peruana, t.1, t. 2. Lima: Palestra / Temis, 2011.
- González Calle, Fernando Teodoro. *Las empresas públicas en el Ecuador*. Universidad de Cuenca, 2017.  
<https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/27275/1/Libro%20Empresas%20P%C3%ABlicas.pdf>.
- Jara Vásquez, María Elena. “Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”. En Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez, edit. *Estado, derecho y economía*, 214. Quito: Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.
- López Arévalo, William. *Tratado de contratación pública*, t. I. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012.
- Melo Chacón, Evelyn Lizeth. “Análisis de la Aplicación del Principio Constitucional de la Libre Competencia en los procedimientos de Régimen Especial con empresas públicas establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”. Tesina de especialización, Universidad Central del Ecuador, 2019.  
<http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/5405>.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de derecho procesal administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Palacios Molina, Dayni, y Pedro Reyes Vélez. “Cambio de la matriz productiva del Ecuador y su efecto en el comercio exterior”. *Dominio de las ciencias*, vol. 2

- (agosto 2016): 418-431.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5761576>.
- Pazmiño Gaibor, César Augusto. “Naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las empresas públicas ecuatorianas en el marco del giro específico del negocio”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2018. <http://hdl.handle.net/10644/6228>.
- Pérez, Efraín. *Derecho administrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., vol. 2. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Pérez, Efraín. *Derecho administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. 2. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Pérez, Efraín. *Manual de Derecho Administrativo*. 5.<sup>a</sup> ed., Bogotá: Editorial Temis, 2019.
- Pérez, Antonio José, Daniel López y José Luis Aguilar. *Manual de contratación pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Pinto Nerón, Ximena y Pablo Zak Godoy. *Defensa a la competencia y empresas públicas*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2009.
- Poveda Almeida, Francisco. *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Rivero Ortega Ricardo y Víctor Granda Aguilar, *Derecho administrativo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2017.
- Secaira Durango, Patricio. *Curso breve de derecho administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado. *Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador*, Quito: 2015.
- Vaca Santacruz, Fermín. “No hay crisis en la Comisión Anticorrupción: Germán Rodas”. 20 de julio de 2019. <https://www.planv.com.ec/historias/entrevistas/no-hay-crisis-la-comision-anticorrupcion-german-rodas>.