



FACULTAD DE DERECHO

LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS COMO UN
MECANISMO ALTERNATIVO A LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA
LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la
República.

Profesor Guía

Dra. María Belén Sánchez Vinueza

Autor

Juan Sebastián Córdova Herbozo

Año

2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

María Belén Sánchez Vinuesa
Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales y
Juzgados de la República. Msc.
1707747430

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Juan Sebastián Córdova Herbozo

1722903059

AGRADECIMIENTOS

De manera especial a mis padres, que a lo largo de mi vida han apoyado y motivado mi formación académica.

A la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas en cuyas aulas me apasione por el estudio del Derecho.

Especial aparte, en esta línea, merecen mi sincero agradecimiento, los doctores María Belén Sánchez, Diego Chiriboga Mena, Javier Robalino Orellana y Ernesto Velasco Granda, quienes han realizado aportes significativos para su culminación.

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo a mis padres, Eliana y Jorge Arturo, como a mis hermanos, Pamela y Jorge, quienes me complacen con su amor, paciencia y apoyo incondicional.

RESUMEN

“No existe verdad en el derecho porque no hay ningún mundo previo: el derecho no es algo que esté ahí y que hay que descubrir sino, más bien, es algo por hacer que hay que inventar dentro de los límites impuestos por el texto de la ley”. (De Trazagnies, 2008, p. 30)

La presente investigación trata acerca de las alianzas estratégicas en las empresas públicas, como un mecanismo jurídico que reorienta los modelos clásicos de contratación pública, hacia una combinación eficaz de recursos públicos y privados, encaminados al desarrollo de proyectos que generan mayor valor por dinero.

En torno al rol de Estado en Ecuador, la presente investigación tiene como uno de sus objetivos específicos, el análisis comparativo de las corrientes neoliberal e intervencionista del Estado, mediante la utilización de una metodología de análisis-síntesis que se enfocará en la evolución histórica de las empresas públicas desde la década de los años noventa.

El análisis de las nociones jurídicas fundamentales que rigen el funcionamiento, gestión y operación de las empresas públicas en el Ecuador, se enmarcará primordialmente, en la determinación de las normas y procedimientos de contratación pública, distinguiendo sus régimen común, especial y giro específico del negocio, de aquellos mecanismos que permiten el ejercicio de la capacidad asociativa de las empresas públicas.

Dicho esto, esta investigación académica pretende conceptualizar el término “alianza estratégica”, propiamente definido como tal en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, mediante la identificación de sus elementos y características esenciales que le diferencian de otros instrumentos jurídicos asociativos y contractuales. Envuelve también, las consecuencias de la ausencia de normas procedimentales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, respecto del Concurso Público de selección de uno o varios socios estratégicos

de naturaleza privada, para constituir, en términos específicos, una alianza estratégica público privada.

En consecuencia, la tesis tendrá como objetivo general, la descripción del procedimiento precontractual que deben seguir las empresas públicas ecuatorianas, indistintamente de su giro específico del negocio, para constituir alianzas estratégicas público privadas, sin transgredir los principios constitucionales que rigen al sistema contractual de las empresas públicas.

ABSTRACT

“Truth in law does not exist: law is not something that exists and must be discovered; rather, it must be invented within the limits of legal provisions”. (De Trazagnies, 2008, p. 30)

This research targets strategic alliances in public companies as a legal mechanism that modifies the classic models of public procurement, towards an efficient combination of public and private resources, as a way to develop projects that generate increased income.

Regarding the role of the State in Ecuador, this research specifically attempts to make a comparative analysis of the neoliberal and interventionist trends, through the use of a synthesis-analysis methodology that focuses on the historic evolution of public companies since the 1990s.

The analysis of fundamental legal notions that govern the functioning, management and operation of public companies in Ecuador centers primarily on the determination of laws and procedure on public procurement, distinguishing the normal and special regime and the specific type of business from those mechanisms that allow for the exercise of the associative ability of public companies.

This academic research attempts to conceptualize the term “strategic alliance”, currently defined as such in the Organic Law of Public Companies, through the identification of its essential elements and characteristics that differentiate it from other associative and contractual legal instruments. It also includes the consequences of an absence of procedural rules in Ecuadorian judicial regulations regarding Public Bidding, to select one or several private strategic partners to establish in specific terms, a public-private strategic alliance.

Therefore, the general objective of this thesis is to describe pre contractual procedure that Ecuadorian public companies must follow, notwithstanding the

specific type of business, to establish public-private strategic alliances, without infringing on constitutional principles that govern the procurement system for public companies.

ÍNDICE

1. Capítulo I. La Empresa Pública	1
1.1. El rol del Estado a través de las empresas públicas: Del Estado Neoliberal de derecho al Estado Social de derechos y justicia	1
1.1.1. El Estado Neoliberal de derecho.....	5
1.1.2. El Estado Social de derechos y justicia.....	9
1.1.2.1. Modalidades de intervención estatal	10
1.1.3. Servicios Públicos	17
1.1.3.1. Definición doctrinaria del Servicio Público	17
1.1.3.2. La noción del Servicio Público en Ecuador.....	19
1.2. La Empresa Pública	21
1.2.1. Definición doctrinaria de la Empresa Pública	22
2. Capítulo II. El Marco Jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador	25
2.1. Definición constitucional y legal.....	25
2.2. Principios de la Empresa Pública.....	29
2.3. De la creación de las empresas públicas.....	31
2.4. De la dirección y administración.....	32
2.4.1. El Directorio	33
2.4.2. El Gerente General.....	34
2.5. Del giro del negocio	36
2.6. El Sistema de Contratación en las Empresas Públicas....	44
2.6.1. Principios constitucionales que regulan la Contratación Pública en el Ecuador	45
2.6.1.1. El principio de legalidad	48
2.6.1.2. El principio de responsabilidad	48
2.6.1.3. El principio de participación nacional.....	50

2.6.1.4. El principio de transparencia	53
2.6.2. Régimen Común de la Contratación Pública	54
2.6.3. Régimen Especial de la Contratación Pública	63
2.6.4. Régimen Especial Asociativo.....	66
2.6.4.1. Capacidad Asociativa	67
3. Capítulo III. Alianza Estratégica	70
3.1. Definición doctrinaria.....	70
3.2. Tipos de Alianzas Estratégicas	73
3.2.1. Público-Público	74
3.2.2. Público-Privada.....	75
3.3. Factores claves de una Alianza Estratégica	76
3.3.1. De la iniciativa del Proyecto	77
3.3.1.1. Iniciativa Pública	78
3.3.1.2. Iniciativa Privada.....	79
3.3.2. Del capital y de la participación accionaria.....	81
3.3.3. Transferencia óptima del riesgo	83
3.3.4. Estructuración del Proyecto.....	85
3.3.5. De la rentabilidad del Proyecto.....	87
3.4. Asociación Público-Privada. ¿Cuándo y por qué asociarse?	88
3.4.1. Aportes de los asociados.....	89
3.5. Diferencias entre las Alianzas Estratégicas y el Sistema Nacional de Contratación Pública.....	90
4. Capítulo IV. Concurso Público.....	93
4.1. Definición.....	93
4.2. La experiencia ecuatoriana en concursos públicos para la selección del socio o aliado estratégico privado	94
4.2.1. EPCE: Concurso Público Internacional para incorporar un Socio Estratégico en una empresa mixta productora de Cemento en el Ecuador.....	95

4.2.2. RETEVE EP: Concurso Público No. CP-RETEVE-EP-001-2014	97
4.3. Las bases del Concurso Público y su correlación con el pliego de condiciones de los procedimientos del régimen común contractual.....	100
4.4. Etapa de Prefactibilidad.....	102
4.4.1 Iniciativa del Proyecto	102
4.4.2 Análisis y Evaluación del Proyecto.....	103
4.4.3 Comparador Público Privado.....	104
4.5. Etapa de Factibilidad.....	106
4.5.1 Bases del Concurso Público	106
4.5.1.1 Especificaciones Técnicas.....	107
4.5.1.2 Garantías.....	108
4.5.1.3 Inhabilidades de los concursantes.....	109
4.5.1.4 Requisitos mínimos.....	109
4.5.1.5 Parámetros objetivos de calificación.....	110
4.6. Etapa Precontractual.....	110
4.6.1 Convocatoria de interés	110
4.6.2 Manifestación de interés	111
4.6.3 Fase de reconstrucción del proyecto.....	112
4.6.4 Convocatoria para ofertar.....	113
4.6.5 Entrega de ofertas.....	114
4.6.6 Apertura de sobres.....	115
4.6.7 Evaluación de ofertas.....	115
4.6.8 Convalidación de errores	115
4.6.9 Fase de calificación ponderada.....	116
4.6.10 Adjudicación.....	117
4.7. Articulado propuesto	117
4.7.1 Procedimiento	118
4.7.2 Excepciones al Concurso Público	119
4.7.3 Principios.....	119

4.7.4 Principio del valor por dinero	119
4.7.5 Información.....	119
4.7.6 Iniciativa Privada	119
4.7.7 Requisitos de la iniciativa privada	119
4.7.8 Comparador Público Privado.....	120
4.7.9 Aprobación del Directorio	120
Conclusiones	122
Recomendaciones.....	125
Referencias	126
Anexos	134

CAPITULO I

LA EMPRESA PÚBLICA

1.1. El rol del Estado a través de las empresas públicas: Del Estado Neoliberal de derecho al Estado Social de derechos y justicia.

El problema en relación al funcionamiento, operación y gestión de una empresa pública, reside en saber exactamente cual es el rol que tiene un Estado.

De inicio es preciso situar el entorno en el que se desarrolla la presente investigación, para tal efecto, destacamos la importancia de profundizar el concepto de Estado y sus acepciones jurídicas.

A partir de la Edad Media, el concepto de Estado ha sido fuente de rigurosos estudios por notables juristas alrededor del mundo, empero de ello, aún no se ha formulado una definición unánime. En tal sentido, con el fin de brindar un mayor entendimiento sobre los postulados teóricos del concepto Estado, se cita la compilación del jurista colombiano Vladimiro Naranjo Mesa:

“PLATÓN lo concibió como un ente ideal; ARISTÓTELES como una sociedad perfecta; HEGEL, SAVIGNY y los románticos como un ser espiritual; ROUSSEAU, como la asociación política libremente fundada por los partícipes del contrato social; KANT, como “reunión de hombres que viven bajo las leyes jurídicas”; Kelsen lo identifica como una “ordenación de la conducta humana”; CARRÉ DE MALBERG como un conjunto de elementos heterogéneos; DUGUIT lo define como “una agrupación humana fijada sobre un territorio determinado, donde los más fuertes imponen su voluntad a los más débiles”; BURDEAU, como “titular abstracto y permanente del poder, cuyos gobernantes no son sino agentes de ejercicio esencialmente pasajeros”; ESMEIN como “la personificación jurídica de la Nación”; FISCHBACH como “una situación de convivencia humana en la forma más elevada”. Para HAROLD J.

LASKI, el Estado constituye una sociedad de hombres unidos por el deseo de enriquecer la vida colectiva. DEL VECCHIO lo define como “la unidad de un sistema jurídico que tiene en sí mismo el propio centro autónomo y que está, en consecuencia, provisto de la suprema cualidad de persona en sentido jurídico”. BISCARETTI DI RUFFIA, por su parte, lo define como “ente social que se forma cuando en un territorio determinado se organiza jurídicamente en un pueblo que se somete a la voluntad de un gobierno”. Para MARX es un instrumento de dominación de clases; para los anarquistas, en fin, es un obstáculo para la vida y la libertad del hombre. BAKUNIN decía que “el Estado es un inmenso cementerio donde vienen a enterrarse todas las manifestaciones de la vida individual”. LENIN, por su parte, sostuvo que “ahí donde comienza el Estado termina la libertad”. MUSSOLINI, por el contrario, en el otro extremo, afirmaba que “el Estado es el absoluto delante del cual los individuos y los grupos no son sino lo relativo”. (2012, p. 82)

Es evidente, la notoria diversidad de enfoques que presentan destacados estudiosos de esta entelequia social. A nuestro criterio, el análisis en torno a la definición del Estado, debe ser analizado a partir de la clásica definición aristotélica de comunidad perfecta y soberana (1970, p. 13), inspirada en la noción idealista de Platón.

Esta definición asume que la esencia del Estado recae en la propia naturaleza del ser humano y su perfección para constituir una asociación estable, orgánica, autárquica y perfecta, destinada a proporcionar los medios necesarios para el desarrollo de la virtud y la realización humana (Aristóteles, 1970, pp. 13-14). En esta lógica, se concibe al Estado como la voluntad suprema de una colectividad organizada, cuyo fin último es regular las relaciones interpersonales de manera objetiva.

Como observará el lector, la conceptualización del Estado ha ido evolucionando a lo largo de la historia, determinando aristas sociales, económicas y jurídicas de diversa índoles. Su noción implica diversas nociones, que van desde enfoques

idealistas, espirituales, positivistas, humanistas e incluso totalitarios. No esta por demás, señalar que un Estado, sea cual fuera la noción que más adapte a una u otra cultura, dependerá siempre, de un elemento social debidamente organizado.

De las citadas acepciones, consideramos que la noción de Estado se encuentra categóricamente expuesta por Lenin, sobre los pilares esenciales que expone Esmein. Así, un Estado es fuente de la voluntad de una mayoría colectiva, que identificados entre sí como un nación, deciden que sus relaciones interpersonales sean reguladas por el derecho objetivo.

Siendo el Estado una persona jurídica creada por una voluntad colectividad, es evidente que su elemento esencial siempre será el elemento humano organizado, indistintamente de cualquier factor adicional, como el tiempo y/o espacio. Entonces, nos permitimos señalar que la existencia del Estado está condicionada a la agrupación humana que, coordinada y unificada espiritualmente, se constituye en la unidad política propiamente dicha. (Jellinek, 1978, p. 94)

La noción que hemos adoptado está enfocada al Estado moderno, que concibe al pueblo, no solamente como un conjunto de personas naturales debidamente organizado, sino que a su vez, se caracteriza por las afinidades y elementos concomitantes que los identifican entre sí, como una nación moderna. Esta es, a nuestro criterio, una importante característica que ha sido estudiada por grandes filósofos y juristas e incorporada en el Derecho Internacional Público.

Ernest Renan, define a la Nación Moderna, en el siguiente sentido:

“Una Nación es un alma, un principio espiritual. Dos cosas que, en verdad, tan sólo hacen que se constituya esta alma, este principio espiritual. La una está en el pasado, la otra está en el presente. La una es la posesión en común de un rico legado de recuerdo; la otra es el

consentimiento actual, el deseo de vivir juntos, la voluntad de seguir haciendo valer la herencia que se ha recibido indivisa". (1957, p. 106)

El siguiente elemento esencial del Estado, es el poder político, concebido como la capacidad que posee este ente, para decidir y actuar por sí mismo, en los ámbitos endógeno y exógeno, ejecutando así los fines para los cuales fue constituido y que justifican su existencia.

El poder político no es, sino aquella suprema potestad emanada de la voluntad soberana del pueblo, que recae sobre una o varias personas naturales denominados como el Gobierno, con capacidad para imponer sus decisiones, en representación de los administrados que deben obediencia a las mismas. Para asegurar el cumplimiento de las disposiciones legítimas de la Administración, surge la coercitividad como un mecanismo efectivo, socialmente aceptados.

El tercer elemento del Estado es el territorio, entendiéndose por tal, a un determinado y exclusivo espacio geográfico ocupado por la población que lo ocupa u ocupó, siempre que ésta ejerza el poder político en este territorio o espacio físico.

La cuestión del territorio como un elemento del Estado, se centra en su determinación como esencial o formal, para su existencia.

La escuela clásica del Derecho, considera que el territorio es un elemento esencial para la existencia de un Estado, puesto que a falta de éste, el pueblo inminentemente deja de ejercer el poder político. Es esta lógica, no podría haber Estado sin territorio.

En contraposición, Ratzel y Jellinek, citados por Borja y Borja (2007, p. 78) sostienen que la validez jurídica de un Estado no se encuentra condicionada a un espacio físico o territorial, sino que históricamente, un Estado invadido u ocupado forzosamente por otro, ha recuperado la soberanía sobre el territorio que le pertenecía, sin haber perdido su personalidad jurídica.

Desde esta posición doctrinaria, coincidiendo con el criterio del profesor León Duguit, citado por Borja y Borja, creemos que el territorio no es un elemento esencial o indispensable para la existencia de un Estado (2007, pp. 78-80). Criterio que respalda el ejemplo histórico de que Polonia, en varias ocasiones, siguió constituyendo Estado a pesar de haber desaparecido temporalmente su territorio, a causa de la división y anexión realizada por otros Estados.

En resumen y significativamente, es factible afirmar que el Estado no es una persona jurídica inmutable o fija, sino que es un ente ficto que se desarrolla, modifica y experimenta constantes reformas que, no siempre constituyen una evolución jurídica (Puente, 1986, p. 21).

El Estado es una organización política y jurídica que nace de la voluntad de un conjunto de seres humanos asociados e identificados entre sí como una nación, cuyo poder se extiende sobre un determinado espacio, para regular sus relaciones interpersonales de manera objetiva.

Identificada la noción general del Estado, analizaremos el rol que el Estado ha desempeñado en el Ecuador, desde la década de los años noventa, mediante una metodología de análisis-síntesis aplicada a las corrientes neoliberal y constitucional garantista del Estado en Ecuador, con apego a la evolución de las empresas públicas.

1.1.1. El Estado Neoliberal.

La corriente doctrinaria del neoliberalismo, cuyo postulado principal proyecta la reducción de la actividad e intervención del Estado al mínimo, adopta un esquema de economía totalmente aperturista en pro del sector privado. Su implementación generó la reducción de los órganos gubernamentales, la restricción del rol del Estado, la desregulación del comercio, la privatización de las empresas públicas, entre otros ajustes primordialmente económicos.

Para Klein (2010, pp. 79-108), el neoliberalismo promueve la auto regulación de todos los factores económicos, en aras de encontrar un punto de equilibrio, que requiere que la inacción del Estado en la economía, tanto en el control, intervención y participación como empresaria. En esta lógica, al Estado le corresponde modificar su papel protagónico en la economía, a fin de que la oferta y la demanda, encuentren un punto de equilibrio.

Para entender al neoliberalismo, debemos considerar que se trata de una tendencia que funda sus pilares en teorías económicas y monetarias, vinculadas al proceso de globalización y dentro de una grave crisis mundial par aquella época.

Es así que, la teoría del consumo de largo plazo, propuesta por el economista Milton Friedman, promovió el consumo permanente, como un mecanismo de fomento e inversión que reactivaría el grave estancamiento de la economía mundial y controlaría la inflación para las políticas keynesianas que le precedían. No es sino, después de la promulgación del Consenso de Washington, que su difusión y adopción se generalizó a nivel mundial, representando una reestructuración monetaria y financiera.

La agenda del Consenso de Washington se constituyó en un efectivo mecanismo para implementar las políticas neoliberales. En esta lógica debe entenderse que, la tendencia neoliberal se encamina al óptimo funcionamiento del sector privado, con sujeción a los criterios empresariales de eficiencia y eficacia.

Con respecto al criterio de eficacia, coincidimos parcialmente con el criterio de Martín, J.:

“El argumento de que los gestores del sector privado son más eficaces que los públicos porque administran su propio patrimonio no responde a la realidad actual.” (1993, pp. 57-58)

Sin menoscabar los demás mecanismos neoliberales, enfocaremos nuestra atención, en la privatización, debido a diversificado alcance de aplicación que presentó en uno u otro país, hasta llegar al Ecuador.

Desde un concepción clásica, privatizar es transmitir la titularidad de los medios de producción o de la competencia para el sector privado ejerza determinadas actividades que realizaba el sector público, entonces, existe privatización cuando la actividad o la competencia para ejercerla dejan de ser públicas. (Rodríguez, 1993, p. 20)

Siguiendo el criterio del Jhon Donahue (1991, p. 22), en los Estados Unidos de América, más allá de un número estrictamente limitado de ventas de activos, como se evidenció en Europa, privatizar significa reclutar las energías privadas para mejorar el funcionamiento de tareas que, en cierto sentido, seguirían siendo públicas.

En este sentido, la idea de privatizar se presenta como una forma de financiamiento que se liga a un funcionamiento con criterios empresariales: eficiencia, eficacia y rentabilidad; en desacuerdo parcial, con los supuestos de privatización planteados en Inglaterra.

A nuestro criterio, en el mundo contemporáneo, privatizar implica la práctica de delegar las tareas públicas al sector privado, sin que éstas modifiquen su naturaleza netamente pública. Entonces, privatizar es transferir la gestión de un sector público, ya sea para la producción de bienes como para la prestación de servicios públicos, a la empresa privada, por un tiempo determinado, sin implicar una renuncia de las potestades estatales.

Una vez entendido el concepto de privatización, nos interesa analizar el proceso de recepción de las nuevas políticas monetarias y financieras en el Ecuador, para determinar su incidencia en las empresas públicas.

En el Ecuador, la doctrina neoliberal se tipificó a comienzos de la década de los noventa, especialmente con la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos, expedida el 21 de diciembre de 1993 y promulgada en el Registro Oficial No. 349 de 30 de diciembre de 1993, como consecuencia de las imposiciones de los organismos multilaterales de crédito (FMI), quienes impusieron políticas económicas neoliberales basadas en el cambio del rol del Estado y el traspaso de actividades al sector privado. (CAIC Ecuador)

Dicha Ley constituyó el umbral de las reformas liberales que enmarcaría a tantas otras de similar naturaleza. Es así que, por ejemplo, también se promulgaron la Ley de Minería (1991), la Ley de Desarrollo Agrario (1994) y la Ley de Comercio exterior e inversiones (1997). (CAIC Ecuador)

Un factor clave que caracterizó la implantación de las privatizaciones en el Ecuador, fue la venta del capital accionario estatal de las empresas de economía mixta y compañías anónimas, por parte de la Corporación Financiera Nacional, a través de la Bolsa de Valores. La gran mayoría de estas empresas correspondían al sector industrial, agroindustrial y financiero, según se observa en el Anexo 1, denominado "Listado de empresas inmersas en el proceso de privatización en Ecuador". (Tacle, 1990, pp. 12-14)

Para Carlos Paladines (2002), durante las dos últimas décadas del siglo veinte, las políticas neoliberales fueron tiempos de ajustes, de reformas económicas y sociales gravosas, de adaptación a un mundo económico y financiero globalizado o de aperturismo al exterior, con lo que se trató de equilibrar la economía mundial, intentando bajar, por un lado, la elevada inflación y los déficit presupuestarios; y, por otro, financiar el desbalance externo, procurando, a su vez, atraer inversiones foráneas en condiciones que terminarían siendo definitivamente desfavorables para el Ecuador. Es así que, la entrada en vigencia de las políticas neoliberales intensificó la pobreza, la inequidad, la distribución injusta de los bienes y la concentración de la riqueza en las pocas manos que siempre han conformado los grupos de poder.

Finalmente, es necesario recalcar que en la Constitución de 1998, se eliminó el concepto de “áreas de explotación reservadas al Estado”, lo cual vigorizaba a las empresas de propiedad exclusivas del Estado, más conocidas como “empresas estratégicas”, al tenor de lo previamente establecido en el artículo 46 de la Constitución Política de 1978, en lo relativo a los sectores de la economía. En su lugar, se delineó un marco jurídico que impulsó los procesos de concesiones, en orden a los intereses nacionales de aquella época.

Es precisamente en este escenario que se evidencia un principal interés por cambiar impulsar la actividad empresarial estatal en el Ecuador, a través de las empresas públicas.

1.1.2. El Estado Social de derechos y justicia.

La base fundamental del modelo político económico del Ecuador a partir del 2008, es el denominado “Socialismo Siglo XXI”, ideado por el doctrinario alemán Heinz Dieterich Steffan, cuyo postulado principal proyecta un cambio de modelo que no esté basado en el precio del mercado, sino que exista una economía de valores y una democratización de los medios de producción.

El proyecto de investigación financiado por el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), cuya autoría pertenece a las doctoras Analía Minteguiaga y Gemma Ubasart-González, (2007-2012)”, permite tener una visión actualizada y multidimensional del modelo intervencionista que adopta el Estado en Ecuador, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, sintetizando dos características: Por un lado, se observa una dinámica de recuperación del Estado que se ve en la reapropiación de recursos y en la capacidad de autoridad, rectoría, regulación, control y planificación de los poderes públicos; y, por el otro, un aumento sostenido del gasto y la inversión pública y de las coberturas de servicios y extensión de los derechos sociales. (2013, p. 3)

La Constitución del 2008 refleja un nuevo patrón de relaciones entre Estado, mercado y sociedad, ya que se introduce una nueva concepción de los derechos, marcadamente social y garantista; la ampliación y ejecutabilidad de los mismos mediante una institucionalidad con rango constitucional; y una lógica de la universalización de los derechos. A esto se incorpora la noción de bienestar colectivo respetando estilos de vida individual. Se incluyen artículos que proponen articulaciones de lo socio-económico frente a la escisión de lo económico y lo social tan propia del neoliberalismo. En definitiva, el Estado ecuatoriano busca alcanzar el Buen Vivir, cuya esencia radica en poner a la vida como centro de todas las acciones humanas, y no como fin en sí mismo, como centralidad del mercado o como sinónimo de crecimiento económico. Finalmente, señalan que, en el modelo ecuatoriano, se da importancia a la recuperación y fortalecimiento de lo público estatal, lo que incluye una renovada manera de entender su rol. (Minteguiaga & Ubasart-González, 2013, pp. 14-21)

En concordancia con lo antes enunciado, el jurista ecuatoriano Fabián Jaramillo (2011, pp. 13-16), sostiene que el Estado de Ecuador, en su rol actual, ejerce actividades de intervención como planificador, fomentador, controlador, sancionador, ejecutor y competidor, con el fin de promover, impulsar y garantizar el desarrollo del país, de conformidad con las políticas y lineamientos orientados a la consecución del interés general o colectivo, delineados por el buen vivir.

1.1.2.1. Modalidades de intervención estatal

Para Dromi (1991, p. 10), la intervención directa es una intervención de ejecución, cuya característica fundamental presupone que el Estado es un sujeto económico más, que participa y dirige actividades económicas. Entonces, el Estado ecuatoriano adopta un rol netamente intervencionista, con el fin supremo de garantizar el bienestar social y el ejercicio de los derechos constitucionales.

A nuestro criterio, los principales mecanismos jurídicos que permiten la intervención estatal en la economía de Ecuador, son los siguientes: la

planificación gubernamental, el fomento administrativo, el control estatal, la potestad sancionadora y la competencia empresarial pública, que se detallan a continuación:

En primer término, se encuentra la planificación gubernamental como un plan general y organizado, orientado al desarrollo económico (Cabanellas G. , 2008, p. 293). Según el criterio del referido jurista, la planificación estatal moderna suele adoptar la denominación de Planes de Desarrollo. En Ecuador, la planificación gubernamental constituye un instrumento fundamental para la Administración, ya que sus políticas, proyectos y programas están alineados al Plan Nacional de Desarrollo.

En este contexto, nos surgen las siguientes interrogantes: ¿Qué implica planificar para el Estado en Ecuador? ¿Cuál es el alcance de la planificación gubernamental?.

Para contestar en forma clara y precisa estas preguntas, nos ocupa definir a la planificación en el Ecuador, para lo cual, nos remitimos al artículo 280 de la Constitución de 2008:

“El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores” (2008).

La planificación en el Ecuador se efectiviza a través de un instrumento estratégico y de aplicación sistemática, denominado Plan Nacional de Desarrollo, que orienta la gestión estatal hacia la consecución de sus objetivos, deberes y políticas en concordancia con el ordenamiento jurídico vigente. Este Plan viabiliza la ejecución de las directrices de desarrollo, en el Estado central,

gobiernos autónomos descentralizados y los demás sectores. Por otro lado, se advierte que las Entidades Contratantes, deben someter y alinear sus decisiones al Plan Nacional de Desarrollo.

En lo que respecta al objeto central de la presente investigación, podemos deducir que los recursos públicos asignados por las empresas públicas para sus alianzas estratégicas público privadas, en el contexto presupuestario del Plan Nacional de Desarrollo, constituyen proyectos de inversión, con criterios empresariales.

En segundo término, el fomento administrativo se ha cristalizado como una estrategia ejecutada por el Estado, para incrementar directa e indirectamente la satisfacción de la ciudadanía a través de diversos mecanismos jurídicos, cuya motivación es la subsidiaridad del Estado frente a sus ciudadanos.

En concordancia con Dromi, el fomento administrativo es directo, cuando el Estado ejecuta por sí mismo, bajo la premisa de la subsidiaridad del Estado, una determinada acción, plan o programa de carácter económico en pro de un determinado grupo de personas. Ligado a este fomento, se encuentran los bonos o ayudas que se entregan a las personas de escasos recursos económicos, conocidos en el Ecuador como Bonos de Desarrollo Humano.

Por otro lado, está el fomento administrativo con efectos indirectos en la economía nacional. Su particularidad se centra en las políticas de desarrollo que haya planteado un Estado, puesto que dentro del marco legal que circunscribe a la actividad estatal, corresponde al Estado orientar a los agentes económicos, conforme a sus políticas estatales.

Definitivamente, este último tipo de fomento conlleva prerrogativas para aquellas personas que realicen actividades económicas alineadas a los objetivos nacionales. Los mecanismos jurídicos más utilizados por el Estado para realizar un fomento indirecto se materializan a través de los préstamos otorgados a las

micro y pequeñas para emprendimientos, cuya particularidad, son las bajas tasas de interés. (1991, pp. 13-21)

Otro ejemplo del fomento indirecto, son los créditos educativos que realiza el Estado de Ecuador, a través Banco del Pacífico y con asesoramiento del Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, dirigidos a las persona naturales residentes, que deseen realizar estudios de tercer nivel, cuarto nivel, capacitación, perfeccionamiento, entrenamiento profesional e investigación en el país o en el exterior.

Sin perjuicio de la antes expuesto, el Estado también promueve proyectos que le representan inversión de recursos, no necesariamente con el fin de tener una rentabilidad económica, sino que a su vez, es parte del cumplimiento de su deber social. Es así que el artículo 339 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), establece:

“La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes de desarrollo nacional y locales, y en los correspondientes planes de inversión” (2008).

En tercer término, el control estatal es el mecanismo que promueve e impulsa el principio constitucional establecido en el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), al señalar que el más alto deber del Estado, es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Bajo esta premisa, el Estado esta facultado para vigilar, auditar, intervenir y controlar las diversas actividades económicas, sociales y ambientales de todas las personas naturales o jurídicas, público o privadas, residentes o no residentes, que se ejecuten en el territorio del Ecuador.

Inclusive, se resalta que el control estatal se desenvuelve en el ámbito endógeno de la Administración. Es así que, el objetivo del control estatal es incrementar el nivel de confianza de los administrados frente a la Administración.

En este contexto, se sustenta teóricamente, la incorporación de la Función de Transparencia y Control Social, al tenor de lo estipulado en el primer inciso del artículo 204 de la Constitución de la República del Ecuador:

“El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.” (2008)

En tal sentido, deducimos que el control estatal abarca dos esferas intrínsecamente relacionadas. Por un lado, tenemos el autocontrol ejercido por la propia Administración a través de las Entidades de Control; y, por otro, el control ejercido por la ciudadanía a través de los mecanismos de participación reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y coadyuvados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, dentro del cual, encontramos las figuras jurídicas denominadas “veeduría ciudadana” y “control social”.

La Función de Transparencia y Control Social, de conformidad con lo previsto en el último inciso del artículo 204 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), esta conformada por cuatro grupos de organismos técnicos de control, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa, que citamos a continuación: Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Defensoría del Pueblo, Contraloría General del Estado y Superintendencias.

En la práctica, el mayor grado de intervención estatal ejercido por la Administración, en los ámbitos endógeno y exógeno, se concentra en la Contraloría General del Estado y las diferentes Superintendencias, cuya injerencia nos interesa analizar en adelante.

Respecto de la Contraloría General del Estado, podemos recalcar su participación protagónica en los procesos de auditoría y control ejercidos a las acciones y omisiones de los servidores públicos limitadas por el derecho público, así como, a las personas de naturaleza jurídica privada que manejen o

dispongan de recursos públicos; en ambos casos, su objetivo primordial es precautelarse los intereses del Estado.

Como consecuencia de estos procesos administrativos, es competencia de esta entidad de control, determinar las responsabilidades administrativas, civiles y penales, de haberlas, para que luego, sean puestas a consideración de la Fiscalía General del Estado en los casos de indicios de responsabilidad penal, o, de un juez competente, quien en ambos casos, respetando el debido proceso, emitirá una sentencia que resuelva la imputabilidad o no de las responsabilidades en cuestión.

Por otro lado, las Superintendencias son organismos técnicos de control en determinadas materias o especializadas, sobre las actividades económicas de las personas naturales o jurídicas de naturaleza jurídica privada.. Si bien desde un enfoque teórico, podríamos afirmar que la especialidad es una limitación para el ejercicio de las Superintendencias; en la práctica, se observa que la tendencia de control inducida a través la Constitución de 2008, denota un panorama totalmente diferente. En este sentido, se ha reformado institucionalmente las Superintendencias preexistentes y se han creado nuevas Superintendencias.

En cuanto a la modificación de las Superintendencias preexistentes, nos encontramos con las transformaciones institucionales de las Superintendencias de Compañías, de Telecomunicaciones y de Bancos y Seguros. Mientras que en el segundo caso, a la estructura orgánica funcional del Estado, se incorporan la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria; y, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, ambas creadas por Ley en el 2011 (Garcés, 2012).

Es importante resaltar que, la actual tendencia del intervencionismo estatal en las actividades económicas, sociales y ambientales del Ecuador esta en medio de un proceso de reforma y cambios sustanciales dirigidos a acrecentar el control del Estado.

En cuarto término, el Estado interviene como sancionador. La potestad sancionadora implica una acción directa y eficaz para garantizar el fiel cumplimiento de los derechos, deberes y obligaciones, tanto de los administrados y como de los servidores públicos.

La efectividad se torna de vital importancia para garantizar el cumplimiento de las sanciones impuestas por el Estado. Al respecto, el doctor Juan Pablo Aguilar realiza la siguiente reflexión:

“El problema no está en la norma, ésta no tiene ninguna virtud mágica para modificar la realidad y las cosas seguirán siendo como son, pese a que la Constitución disponga que sean diferentes. (...). Son las condiciones de aplicación de las normas las que van a definir el sentido que éstas abarcarán”. (2008, p. 336).

En efecto, la sanción prevista en la norma debe estar acompañada por instrumentos que aseguren su ejercicio y efectividad.

Desde la óptica prestacional, al tenor del numeral 25 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), el Estado reconoce y garantiza como un derecho de las personas, el acceso a servicios públicos de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características. Ligado a lo anterior se establece que los servicios públicos, indistintamente de la naturaleza jurídica de la entidad que ejecute la prestación, deben sujetarse al marco jurídico y atender al interés general. Al respecto el artículo 9 de la Constitución de la República del Ecuador, establece:

“El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos” (2008).

En esta línea, podemos observar que la prestación de un servicio público conlleva responsabilidades administrativas, civiles e incluso penales, para todas las personas que actúen en uso de una potestad pública. Téngase en cuenta que la norma constitucional contiene garantías normativas y jurisdiccionales para la tutela efectiva de los derechos y la ejecución de las sanciones impuestas por autoridad competente.

En quinto término, la intervención del Estado como un agente de comercio más en la economía nacional e internacional, conlleva la adopción de los criterios de rentabilidad, eficiencia y eficacia a través de las empresas públicas, creadas para tal efecto.

En la adopción del rol de Estado empresario, impulsado por los preceptos constitucionales vigentes, en concordancia con la aprobación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se tipificaron los principios y normas que regulan la gestión de las empresas públicas, que se analizarán más a profundidad en el Segundo Capítulo de la presente investigación.

1.1.3. Servicios Públicos

Para estudiar a las empresas públicas, debemos entender su razón de ser. Para tal efecto, se realizará el estudio sobre la base de la doctrina de los servicios públicos.

1.1.3.1. Definición doctrinaria del Servicio Público

Para Daniel Márquez (2014, pp. 1-9), la noción de “servicio público” es un concepto complejo del Derecho. El servicio público es la piedra angular del derecho administrativo y su origen es mucho más antiguo que la construcción de su concepto.

Pese a que, la primera noción de servicio público apareció en el ámbito jurisprudencial francés como una limitación al deslinde de competencias por

parte de la Administración, su noción fue evolucionando con el derecho. En líneas generales, la idea del servicio público fue desarrollada por la “Escuela de Burdeos”, también conocida como la “Escuela Duguit”.

León Duguit (2014, p. 9), concibe al servicio público como toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, controlado y asegurado por la Administración, partiendo de una noción sociológica del Estado.

Por otro lado, Maurice Hauriou, miembro de la Escuela de Burdeos, citado en (Fraga, 1977, pp. 14-15), con una ideología más liberal, consideró que el servicio público no comprende toda actividad, tal y como lo sostiene Duguit, sino más bien, que es sólo parte de la actividad de la administración pública.

Concordante con lo anterior, el doctor Guillermo Cabanellas de Torres, considera que la clásica definición del servicio público pertenece a Maurice Hauriou:

“el servicio público es el carácter técnico prestado al público de manera regular y continua para satisfacer una necesidad pública y por una organización pública” (2008, p. 444).

En lo contemporáneo, el doctor Jorge Fernández Ruiz (1995, p. 1), quién considera que la Escuela de Burdeos concibe al servicio público como el umbral para que el Estado se subordine al servicio del individuo; propone la unificación de las definiciones de Duguit y Hauriou, en el siguiente sentido:

“Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer, de manera uniforme y continua, una necesidad de carácter general, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho ordinario, ya por medio de la administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona” (2010, p. 70).

De la noción antes citada, podemos deducir que existen tres reglas comunes a todos los servicios públicos, claramente determinadas por Rosana Morales: la continuidad del servicio, la igualdad a los usuarios y la adaptación del servicio a las necesidades de lo público. (2011, p. 72)

Del análisis de las citadas definiciones, observamos la notoria uniformidad de sentidos que éstas mantiene, con respecto a finalidad que del Estado a través de los servicios públicos, es decir, la satisfacción de las necesidades de la sociedad a la que se debe el Estado. No obstante, podemos notar que existen diferencias en cuanto al sujeto que debe prestar el servicio.

Para Hauriou, la prestación de los servicios públicos es de competencia única y exclusiva de una organización pública, mientras que para Duguit, la Administración bien puede prestar el servicio de forma directa a través de sus entidades públicas o de forma indirecta y temporal por medio de un privado legalmente autorizado por la Administración.

1.1.3.2. La noción del Servicio Público en Ecuador

El determinar a quién le corresponde la titularidad de gestión de los servicios públicos y si ésta es susceptible de transferencia temporal, es el punto de quiebre entre las ideologías liberales y sociales del Estado. Empero de ello, con el paso del tiempo, se ha definido que las relaciones público privadas, pueden ser complementarias y encontrar un punto de equilibrio, en cuanto a inversiones para el desarrollo de proyectos de común interés.

La noción de los servicios públicos en un Estado social de derechos y justicia, refleja claramente una prevalencia del interés público sobre el particular, lo cual incide directamente en la determinación del punto de equilibrio que debe manejarse en las relaciones de inversión público privadas.

Al respecto, el artículo 314 de la Constitución de la República del Ecuador, estipula:

”El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación” (2008).

Como podemos observar, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no limita los servicios públicos a las tres reglas comunes antes señaladas por Rosana Morales (2011, p. 72), que se refieren a los principios de continuidad, uniformidad y regularidad; sino que a su vez, extiende su ámbito de aplicación, al señalar que éstos debe ejecutarse, además por los siguiente principios: eficiencia, obligatoriedad, generalidad, responsabilidad, universalidad, accesibilidad y calidad. Con la incorporación de estos principios constitucionales, consideramos que se pretende garantizar que el nivel de prestación y provisión de los servicios públicos en el Ecuador, genere satisfacción en los administrados.

La obligatoriedad, por ejemplo, significa que su prestación no es facultativa, sino más bien, configura una obligación directa y mandataria. El principio de eficiencia y calidad son propios de la doctrina neoliberal, por lo que, consideramos que su inclusión es una consecuencia jurídica de la pugna doctrinaria, no así, sus características de subsidiaridad social sobrepuestas a la rentabilidad económica.

Por otro lado, el principio de universalidad relacionado directamente con los beneficiarios de los servicios públicos, tiene como fuente doctrinaria la teoría de la ciudadanía universal reconocida en el artículo 9 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

En cuanto al principio de accesibilidad, cabe señalar que sus consecuencias jurídicas son notables en los aspectos económicos, toda vez que el Estado debe reconocer el efectivo disfrute de los servicios públicos por parte de la ciudadanía en general. Para tal efecto, los precios o tarifas de los servicios públicos serán

fijados o autorizados por la Administración, son sujeción a las políticas económicas y de fomento. (Fernández, 2010, pp. 5-21)

De acuerdo a la competencia y obligatoriedad que tiene el Estado en Ecuador, para gestionar y prestar los servicios públicos a la ciudadanía, se tipifica, por primera vez, una Ley que regule la creación, funcionamiento y gestión de las empresas públicas sobre la base de lo previsto en el artículo 260 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

En cuanto a la relación que tienen la teoría de la solidaridad estatal de León Duguit (1926, p. 71) y la finalidad de una empresa pública en el Ecuador, debemos resaltar que, en la actualidad, esta relación esta dirigida a incrementar el nivel de bienestar social. Por consiguiente, a diferencia de la empresa privada, la rentabilidad económica pasaría a un segundo plano, situándose por debajo de la rentabilidad social (Cabanellas G. , Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2008, pp. 471-472).

1.2. La Empresa Pública

En el Ecuador contemporáneo, la clásica noción de empresa pública ha ido evolucionando hacia una concepción más empresarial, que esta claramente definida en el primer inciso del artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador:

“El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas” (2008).

En tal virtud, según los preceptos constitucionales aplicables a las empresas públicas, se determina que su objeto social es amplio y suficiente para que el Estado adopte el rol de empresario. En esta línea, el Estado esta plenamente facultado para crear cuantas empresas publicas considera necesarias, para el

desarrollo de cualquier actividad económica que le corresponda. Entonces la cuestión con respecto a su intervención como competidor, se centra en la determinación de las actividades que corresponden o no, al Estado.

Por otro lado, el artículo 316 de la Constitución (2008), se identifica con la ideología de los gestores de los servicios públicos planteada Duguit, en el sentido que atribuye al Estado, como una potestad facultativa, la delegación del ejercicio de las actividades inherentes a la participación en los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos, dirigida a las empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria; y, de forma excepcional, en los casos que permita la ley, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria.

En conclusión, con la entrada en vigencia de la Constitución (2008), se crearon las condiciones ineludibles, para que el Estado constitucional de derechos y justicia, adopte un protagónico papel de regulador, planificador, fomentador, controlador, ejecutor y competidor en las diversas actividades socioeconómicas del Ecuador.

1.2.1. Definición doctrinaria de la Empresa Pública

Las definiciones doctrinarias del término “empresa pública”, difieren con respecto del enfoque que le han prestado sus autores, por tanto, no existe una definición unánime al respecto. Por un lado, se precisan definiciones marcadas mientras que por otro lado, sus diferencias se enmarcan en la participación estatal dentro de la propiedad accionaria, así como, en el control empresarial. (Morales R. , 2011, pp. 72-73)

Lo cierto es que la empresa pública no puede ser definida como tal, única y exclusivamente por el fin que ésta persiga, lo cual, excluiría dos temas vitales que se le incorporan esencialmente. En primer término, el control empresarial, entendido como aquel poder en la toma de decisiones que regula el funcionamiento, gestión y operación de una empresa; y, en segundo, la

participación accionaria que debe recaer mayoritariamente en el Estado (Valletta, 2007, p. 339). En tal virtud, se colige que los enfoques expuestos por Rosana Morales, pueden llegar a ser complementarios entre sí.

Entendiendo la notable falta de uniformidad en la noción de empresa pública, De Miguel García, da la pauta para su definición:

“sólo existe una noción elemental, casi tautológica, universalmente admitida: la empresa pública representa una actividad empresarial de la administración. Cualquier pretensión que pretenda matizar esta idea, régimen jurídico aplicable, naturaleza de la actividad, configuración jurídica, presencia de la administración, grado de autonomía, etcétera, es ya objeto de notorias discrepancias”. (1973, p. 33)

Del análisis del postulado expuesto por De Miguel García, deducimos la característica esencial de las empresas públicas, es el ejercicio de una actividad económica en representación del Estado.

Entonces, podemos afirmar que su conceptualización alude la creación de una empresa, (De Miguel García, 1973, p. 33) entendiéndose por tal, a la unidad económica de naturaleza pública, organizada para la producción de una determinada actividad, distinta de las funciones típicas del Estado que le competen a las entidades autárquicas.

En este contexto, conviene precisar que las empresas públicas no pueden ser confundidas con las entidades autárquicas, como se lo ha venido observando en las diferentes corrientes doctrinarias. Para Marienhoff (2000, pp. 466-467), la entidad autárquica es un medio que el Estado utiliza para realizar alguno de sus propios fines, o sea para cumplir alguna de sus funciones específicas, mientras que la empresa estatal, sólo constituye un medio instrumental para realizar habitualmente actividades comerciales o industriales o que tiene a su cargo la prestación de los servicios públicos de esa índole, teniendo en consideración que éstas actividades también podrían ser ejecutadas por el sector privado.

Por lo expuesto, consideramos que el objetivo de una empresa pública es la ejecución de actividades empresariales, distintas de las funciones típicas del Estado. No obstante, en torno al rol del Estado, se definirá la naturaleza de estas actividades, objetivos, situación jurídica, participación accionaria estatal, control de dirección, entre otras características propias de una empresa pública, de ahí su disparidad doctrinaria. (Cabanellas G. , Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2008, pp. 471-472).

Para el jurista Enrique Vilorio, acogiendo la sugerencia patrocinada por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, de separar los términos para así, extraer consideraciones conceptuales, propone la siguiente definición de empresa pública:

“Aquellas entidades descentralizadas funcionalmente del Estado, con personalidad jurídica de derecho privado o público, en las cuales el Estado ejercer el control de su dirección, directamente o a través de otras entidades públicas, mediante la posesión de la mayoría del capital o a través de otros instrumentos que aseguren dicho control, y cuyo objeto sea la producción de bienes y/o servicios de naturaleza industrial, comercial o financiera o la coordinación y control de la actividad de otras empresas públicas”. (Viloria, 1986, pp. 65-66)

De la citada definición, podemos deducir que la empresa pública es una entidad descentralizada con personalidad jurídica propia; patrimonio autónomo; independencia administrativa, financiera y operativa; participación mayoritaria del Estado en el capital social; y, control empresarial o de dirección del Estado; cuya finalidad es producir bienes o servicios de carácter industrial, mercantil o financiero.

En términos generales, entiéndase a una empresa pública como aquella unidad económica de factores de producción, con participación estatal mayoritaria, que ejecuta de determinadas actividades económicas, directamente alineado a los planes, objetivos y metas de un Estado.

CAPITULO II

EL MARCO JURÍDICO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN EL ECUADOR

2.1. Definición constitucional y legal

Constitucionalmente, se define a las empresas públicas como aquellas “sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión”, que funcionarán con “altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales”, para la “gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”, adaptado del artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador. (2008)

Es preciso entender que, si bien las empresas públicas son entidades del Estado, éstas no gozan per sé de la facultad de gestionar los sectores estratégicos y/o la prestación de servicios públicos. Como toda persona jurídica, el objeto de las empresas públicas, prescrito y establecido en el instrumento legal de su constitución: Estatuto, Decreto, Ordenanza o Resolución, contiene las actividades económicas que justifican su creación. Empero de ello, la gestión de la empresa pública en los sectores estratégicos y/o la prestación de servicios públicos, éstas se encuentra constitucionalmente limitada y subordinada a la autorización del Estado.

En tal virtud, la atribución legal para autorizar o delegar la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos, corresponde exclusivamente al Estado, más no a las empresas públicas.

En esta lógica, debe interpretarse que la gestión del sector estratégico como la prestación del servicio público corresponden a la empresa pública, no así, la facultad de delegación, de conformidad con lo previsto en la Sentencia Interpretativa de la Corte Constitucional No. 001-12-SIC-CC, de fecha 05 de

enero de 2012, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 629 de 30 de enero de 2012. (Corte Constitucional , 2012)

En lo atinente a la autorización del Estado a favor de una empresa pública, para la gestión de un sector estratégico o la prestación de un servicio público, es notoria la intención positiva del Estado para controlar y regular el ejercicio de la actividad de una empresa pública. Adicionalmente, debemos agregar que la sentencia interpretativa de carácter normativo antes enunciada, establece que tal autorización constituye un acto de delegación intransferible. (Corte Constitucional , 2012)

Sobre este particular, Patricia Martínez, esclarece las características inherentes a la delegación en el derecho administrativo:

“Primera: La delegación es esencialmente una técnica transitoria de transferencia de facultades de los órganos superiores hacia los inferiores, que hace a la dinámica de la organización y no implica la creación de un nuevo organismo. (...); Segunda: en la delegación, el delegante puede retomar la facultad de la cual se ha desprendido temporalmente; (...) Tercera: (...). En la delegación, el superior es responsable respecto al delegado”. (1996, pp. 110-111)

Siguiendo este hilo conductor, se regla constitucionalmente la delegación de la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos, en los siguientes términos:

“Art. 316.- El estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas

actividades, en los casos que establezca la ley”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Por lo anteriormente expuesto, en concordancia con lo prescrito en el artículo 96 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (2010), se concluye que la delegación para la gestión de los sectores estratégicos y de los servicios públicos, tiene tres particularidades inherentes a la tendencia intervencionista estatal: primero, el derecho prioritario que tiene el Estado para gestionar los mencionados sectores refleja una evidente reserva de actividades por la Administración; segundo, se debe precisar que las empresas mixtas pueden ser delegatarias de forma directa de las referidas actividades, con las limitaciones impuestas por las leyes específicas de cada sector estratégico y con carácter temporal; y, tercero, la delegación de éstas actividades al sector privado, no sólo se deberá realizar de forma excepcional, sino que a la par, esta excepcionalidad tendría que ser regulada por las leyes del sector estratégico relacionado a la actividad específica, y, subsidiariamente al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (2010).

Ahora bien, una vez analizada la normativa constitucional, sin perder la definición que nos ocupa, profundizaremos su acepción, para lo cual, seguidamente se cita el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas:

“Art. 4.- DEFINICIONES.- Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado” (2009).

Según apreciamos, las definiciones constitucional y legal antes enunciadas, mantienen uniformidad con relación de las actividades a las que están destinadas las empresas públicas. No obstante, yendo más allá, incluyéndose a la mencionada sentencia interpretativa constitucional, se determina que existe una leve confusión entre los términos “empresas públicas” con “sectores estratégicos”. Al respecto, se cita el pronunciamiento del reconocido jurista Efraín Pérez:

“No resulta tan nítida esta clasificación, puesto que los sectores estratégicos cuya gestión se encomienda a las empresas públicas, se encuentran actividades que la misma Constitución considera servicios públicos”. (2010, p. 7)

Consecuentemente, siguiendo el criterio del citado autor, se dilucida aún más la notoria confusión que existe entre los sectores estratégicos y los servicios públicos, al tenor de lo previsto en los artículos 313 y 314 de la Constitución de la República del Ecuador (Pérez E. , 2010, p. 8). Para tal efecto, por considerarse muy ilustrativo para la presente investigación, véase la “Comparación entre los sectores estratégicos y los servicios públicos”, que se incorpora como Anexo No. 2 del presente trabajo investigativo.

En términos generales, el Estado esta plenamente facultado para realizar cualquier actividad que le corresponda. Sin perjuicio de lo anterior, la Constitución de la República del Ecuador (2008), expresamente determina que la gestión de los sectores estratégicos, prestación de servicios públicos, aprovechamiento sustentable de los recursos naturales o de bienes públicos, es de competencia exclusiva del Estado.

Como lo hemos analizado anteriormente, el alcance de la actividad de las empresas públicas dependerá del rol que adopte su Estado.

En Ecuador, desde finales del 2008 e inicios del 2009 se configuró el escenario más propicio para que el Estado a través de las empresas públicas, desarrolle y ejecute cuántas actividades económicas considere necesarias y afines a su

gestión, adquiriendo la calidad de empresario proveedor o contratante, tanto en el mercado nacional como en el internacional. Es así, que hoy en día, observamos que las empresas públicas, luego de convocar a un concurso público de selección de socio público, puede constituir una asociación público privada, con diversos objetos, condiciones y modalidades, que profundizaremos más adelante con casos prácticos.

Con arreglo a la normativa ecuatoriana y sobre los fundamentos de los criterios antes citados, en adelante, deberá entenderse cuando se haga referencia a la “empresa pública”, como todas aquellas personas jurídicas de derecho público, que han sido legalmente constituidas como tales o cuyo capital suscrito pertenece por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y, cuya finalidad estará orientada al desarrollo de cualquier actividad económica que le corresponda al Estado, en específico la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos y el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos.

2.2. Principios de la Empresa Pública

El artículo 3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), establece que la operación y gestión de las empresas públicas, se rige por los siguientes principios:

“1.-Contribuir en forma sostenida al desarrollo humano y buen vivir de la población ecuatoriana; 2.-Promover el desarrollo sustentable, integral, descentralizado y desconcentrado del Estado, y de las actividades económicas asumidas por éste; 3.-Actuar con eficiencia, racionalidad, rentabilidad y control social en la exploración, explotación e industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables y en la comercialización de sus productos derivados, preservando el ambiente; 4.-Propiciar la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad, continuidad, seguridad, precios equitativos y responsabilidad en la prestación de los

servicios públicos; 5.-Precautelar que los costos socio-ambientales se integren a los costos de producción; y,6.-Preservar y controlar la propiedad estatal y la actividad empresarial pública” (2009).

Como podemos distinguir, los principios que rigen a las empresas públicas en Ecuador, están estrechamente relacionados con las disposiciones constitucionales que buscan su tutela y efectividad. En cuanto a los principios para la prestación de los servicios públicos, es notoria su uniformidad con las disposiciones legales tipificadas en el segundo inciso del artículo 314 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), y el numeral 4 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009).

Sin perjuicio de la correlación normativa expuesta en el párrafo que antecede, en cuanto al ámbito de los sectores estratégicos cuya trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política y ambiental, no se mantiene tal uniformidad. Es así que en el artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), se reconocen como principios para la administración, regulación, control y gestión de los sectores estratégicos, los siguientes: sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia, mientras que en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no existe una enunciación clara sobre los principios que rigen la gestión de los sectores estratégico, a excepción de los recursos naturales renovables y no renovables.

Para abordar este análisis, nos remitimos al artículo 313 de la Constitución de la República del Ecuador:

“Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley” (2008).

En este contexto, la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009) destacamos dos aspectos relacionados con los principios que regulan a los sectores

estratégicos. Primero, en el sector estratégico de los recursos naturales renovables y no renovables, su gestión se rige por los principios de eficiencia, racionalidad, rentabilidad, control social y ambiental, con lo cual, se estaría cumpliendo con los principios constitucionalmente prescritos. Segundo, existe una inobservancia jurídica, en lo relativo a los principios que regulan a los demás sectores estratégicos. Para entenderlo de mejor manera, es importante señalar que la referida inobservancia jurídica, cuyo fundamento podría estar vinculado con la confusión doctrinaria entre sectores estratégicos y servicios públicos, no tiene mayor injerencia jurídica, toda vez que éstos se encuentran señalados en la Constitución de 2008, y, por tanto son de inmediato cumplimiento y aplicación para las empresas públicas ecuatorianas, de conformidad con la supremacía constitucional prevista en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

2.3. De la creación de las empresas públicas

El artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), establece que el acto de creación de una empresas públicas podrá ser un decreto ejecutivo, acto normativo de creación, escritura pública o resolución del máximo organismo universitario competente, dependiendo de los organismos, dependencias y entidades que la constituyen, en el siguiente orden:

- a. Función Ejecutiva.- Se dará creación a una empresa pública nacional mediante decreto ejecutivo;
- b. Gobiernos Autónomos Descentralizados.- Se dará creación a una empresa pública de coordinación mediante acto normativo legalmente expedido;
- c. Entre la Función Ejecutiva y los Gobiernos Autónomos Descentralizados.- Se dará creación a una empresa pública de coordinación mediante decreto ejecutivo y la decisión de la máxima autoridad del organismo autónomo descentralizado; y,

- d. Universidades públicas.- Se dará creación a una empresa pública mediante Resolución del máximo organismo universitario competente (Ley Orgánica de Empresas Públicas , 2009).

2.4. De la dirección y administración

La dinámica de las empresas públicas, encuentra una manifiesta limitación no sólo en la forma de estructuración de sus órganos de administración y de dirección determinadas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sino que a su vez, tanto la gestión empresarial como las atribuciones otorgadas a sus administradores, están restringidas por su naturaleza pública.

En contraposición con lo señalado en párrafo que antecede, el doctor Fernando González de Zulueta, desde una perspectiva privada, considera que la forma de estructuración de una empresa, entendida ésta como toda unidad productiva económica, debe ser adoptada por sus socios o accionistas, en relación directa e indirecta con el objeto social de la misma. A su criterio, el pilar fundamental de su estructuración, se sostiene en el grado de vinculación entre los órganos directivos y los administrativos (2010, p. 1).

En oposición con lo anterior, la actividad de las empresas públicas, esta directamente limitada por la tipificación de una norma positiva, vigente y aplicable a una situación específica. En otras palabras, las empresas públicas están facultadas para hacer o no hacer, todo cuanto este previamente dispuesto por la ley, lo demás se encuentra prohibido.

La actividad empresarial del Estado, está direccionada por lineamientos objetivos, cuyo efecto implica la imposición de limitaciones al ejercicio de los administradores de tales empresas. Así tenemos, por ejemplo, limitaciones a los procesos de innovación y experimentación que podrían ser liderados por el administrador de una empresa pública, con el objeto de buscar mayor eficiencia empresarial, tal y como se observa en el sector privado.

La estructuración de una empresa pública, estará conformada en la forma prevista en el Título II de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), que se detalla a continuación:

- a. Órgano de Dirección: El Directorio.
- b. Órgano de Administración:
 - Para la empresa pública: El Gerente General.
 - Para empresas filiales: El Gerente de la Filial.
 - Para empresas subsidiarias: El Gerente de la Subsidiaria. (Ley Orgánica de Empresas Públicas , 2009)

Además, según lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), se prevé que la creación de empresas filiales y subsidiarias para una empresa pública, será resuelta por el Directorio, bajo criterios de desconcentración y eficiencia empresarial.

2.4.1. El Directorio

El Directorio es el máximo órgano jerárquico superior de las empresas públicas, cuyas atribución principal es establecerlas políticas, metas y programas para la consecución del objeto social, con sujeción a las políticas nacionales para el desarrollo y la consecución del buen vivir.

El artículo 7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), establece que el Directorio de una empresa pública estará conformado por el número de miembros que se establezca en el acto normativo de creación, escritura pública o resolución del máximo organismo universitario competente, que no podrá ser mayor de cinco. Dichos instrumentos de creación también considerarán los requisitos mínimos y los periodos para ocupar dichos cargos. No obstante, la misma Ley realiza dos excepciones para la integración del Directorio:

- a. El Directorio de las empresas públicas nacionales, creadas por la Función Ejecutiva, estará integrada por: "a) La Ministra o Ministro del ramo

correspondiente o su delegado o delegada permanente, quien lo presidirá; b) El titular del organismo nacional de planificación o su delegada o delegado permanente; y, c) Un miembro designado por la Presidenta o Presidente de la República”. (Ley Orgánica de Empresas Públicas , 2009)

- b. El acto normativo de creación de una empresa pública constituida por los Gobiernos Autónomos Descentralizados o en forma conjunta con la Función Judicial, podrá prever que en la integración del Directorio se establezca la participación de representantes de la ciudadanía, sociedad civil, sectores productivos, usuarias o usuarios de conformidad con lo que dispone la ley. Sin perjuicio de lo acordado, el número de miembros que conforma el Directorio no podrá ser superior a cinco. (Ley Orgánica de Empresas Públicas , 2009).

Con respecto al tema principal de la presente investigación, cabe recalcar que al Directorio de una empresa pública ecuatoriana, le corresponde definir la conveniencia de constituir una asociación público privada, determinar su objeto, escoger el mecanismo asociativo y establecer tanto los requisitos mínimos como el procedimiento del concurso público para la selección del socio estratégico privado, de conformidad con lo previsto en el segundo inciso del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), en concordancia con el pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado, mediante oficio OF. PGE. No.: 11796 (2013).

2.4.2. El Gerente General

La administración de la empresa corresponde al Gerente General, cuya designación la realizará el Directorio, bajo criterios de experiencia profesional vinculada directamente a la actividad específica que conste en el objeto social de la empresa.

El artículo 10 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, determina que el Gerente General, ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial de la

empresa y será en consecuencia el responsable de la gestión empresarial, administrativa, económica, financiera, comercial, técnica y operativa.

Siendo el Gerente General el responsable directo de la administración, gestión y operación de la empresa pública, también se requiere de su participación durante la celebración de una alianza estratégica público privada, aunque con menor relevancia que el Directorio.

Así, tal y como se ha mencionado anteriormente, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, corresponde al Gerente General, como deber y atribución inherente a sus funciones, entre otras, la siguiente:

“3. Suscribir las alianzas estratégicas aprobadas por el Directorio” (2009).

En definitiva, se evidencia que la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), ha incorporado deberes y atribuciones tanto para el Directorio como para su Gerente General, que indistintamente de su naturaleza de creación, les permiten celebrar contratos o convenios asociativos, entre ellos las denominadas alianzas estratégicas público privadas, para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales, vinculados directamente con su objeto social.

Finalmente, es oportuno puntualizar que al no haberse normado un procedimiento de concurso público, de carácter general y obligatorio para todas las empresas públicas, se estará a los requisitos y procedimientos previstos por el Directorio de cada una de las empresas públicas, de conformidad con la atribución legal contenida en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009).

Inclusive, nótese que tal facultad tiene un carácter tan amplio y suficiente, que el Directorio, bien podría aplicar diferentes procedimientos para la selección de un socio estratégico privado, bastando para tal efecto, su aprobación mediante un acto administrativo válido. En otras palabras, los requisitos y procedimientos

para un concurso público que tenga por objeto la selección de un socio estratégico privado, previamente aprobado por el Directorio, no es vinculante para otros concursos públicos que resuelva aprobar y perfeccionar la misma empresa pública.

2.5. Del giro del negocio

Para abordar las implicaciones legales que se generan sobre la determinación del giro del negocio de una empresa pública, partiremos por su definición.

Para Teo Balarezo (2014, p. 163), el giro del negocio es la actividad económica atribuida a cada empresa pública en su respectivo acto de creación.

De una manera más genérica, se puede conceptualizar al giro del negocio como la actividad económica principal inherente al objeto social de la empresa pública, cuyo contenido se encuentra expresamente determinado, según la naturaleza jurídica de su creación, en un decreto ejecutivo, acto normativo de creación, escritura pública o resolución del máximo organismo universitario competente.

Cabe precisar que el objeto social de una empresa pública, cumpliendo los requisitos formales y legales establecidos para cada caso en particular, podría ser reformado, de tal manera que se agreguen o eliminen las actividades económicas atribuidas a ésta.

En materia de contratación pública, el giro del negocio de una empresa pública adquiere una relevancia sumamente importante al momento de seleccionar el régimen precontractual aplicable. En efecto, el giro del negocio puede ser determinado como específico o común, en orden a la vinculación directa o indirecta que una determinada contratación presente con relación del objeto social de la empresa pública.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), la determinación

del giro específico o común de las contrataciones de las empresas públicas, le corresponderá al Director Ejecutivo del Servicio Nacional de Contratación Pública, para lo cual se estará a las normas complementarias expedidas, mediante Resolución INCOP No. 051-2011 (2011).

El artículo 1 de la Resolución INCOP No. 051-2011 de 16 de septiembre de 2011, estipula que la determinación del giro específico del negocio, la realizará el Director Ejecutivo del SERCOP, en virtud del objeto social de la entidad contratante que conste en la ley de creación, instrumento constitutivo, normativa sectorial o regulatoria o estatuto social, según sea el caso. (2011).

Tanto los requisitos mínimos como el procedimiento que deben cumplir las entidades contratantes, para que el Director Ejecutivo del Servicio Nacional de Contratación Pública, proceda con la determinación del giro específico del negocio, esta expresamente determinado en los artículos 2, 4, 5 y 6 de la Resolución INCOP No. 051-2011 (2011). Mientras que en el artículo 3 de la dicha Resolución, se regula el procedimiento para la ampliación y/o modificación del giro del negocio de las empresas públicas (Resolución INCOP No. 051-2011, 2011).

Es oportuno señalar que para todas las contrataciones que realicen las empresas enunciadas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), entre ellas las empresas públicas; por regla general, se aplicará el régimen común de contratación, sin necesidad de la determinación del Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública. Es así que la determinación, única y exclusivamente se requerirá para las contrataciones que correspondan al giro específico del negocio y tendrán un procedimiento precontractual especial.

En tal virtud, las contrataciones del régimen especial se someterán a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, y, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil. Mientras que

las contrataciones del giro específico de su negocio tendrán el siguiente régimen jurídico especial:

“Art. 104.- Giro específico del negocio.- Las contrataciones a cargo de las empresas (...), relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General” (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009).

En este contexto, se observa la intervención estatal que vive el Ecuador, no solamente en un ámbito exógeno de la Administración, como el ocupar el rol de Estado empresario; sino también, dentro del ámbito institucional de la administración pública, en el que indudablemente, la Función Ejecutiva, en ejercicio de su potestad reglamentaria, dirige y controla el régimen contractual de todas las empresas públicas sometidas al Sistema Nacional de Contratación Pública, extendiendo este control en forma directa a la gestión de las empresas públicas, que constitucionalmente poseen autonomía administrativa, financiera, presupuestaria, organizativa y de gestión, como es el caso puntual de las contrataciones relacionadas con el giro específico de su negocio.

Para vigorizar este último punto, se cita la opinión emitida por el jurista Sebastián Espinosa:

“El concepto de regulación en el Ecuador ha sido despojado del elemento de autonomía y se lo ha circunscrito, en razón de la tendencia predominante en la últimas reformas normativas, a la Función Ejecutiva”.
(2014, p. 461)

Centrando nuestra atención hacia la tesis que plantea resolver la presente investigación, nos corresponde preguntarnos: ¿Las asociaciones público

privadas de empresas públicas, requieren de la determinación del Director Ejecutivo del Servicio Nacional de Contratación Pública, previo a su perfeccionamiento? Al respecto, el señor Procurador General del Estado, con carácter de vinculante, se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“(…), cabe indicar que los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuyos textos han quedado citados, no determinan como requisito previo para la selección de un socio estratégico, que la empresa pública requiera autorización del organismo rector del sistema nacional de contratación pública, por lo que se concluye que no existe la exigencia legal de obtener la autorización del Director Ejecutivo del INCOP para la selección de un socio estratégico”. (Oficio No. 11796, 2013).

Según apreciamos, del criterio emitido por el Procurador General del Estado, en concordancia con el tenor de los artículos 34, 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), se deduce que existen dos modalidades en las que puede operar el régimen especial contractual de las empresas públicas. Por un lado, nos encontramos frente a contratos de adquisición de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría; y, por otro, contratos o convenios asociativos.

A nuestro criterio, una empresa indistintamente de su naturaleza pública o privada, constituye una unidad de recursos tangibles e intangibles, destinados a desarrollo de una actividades económica específica. Si agregamos a esta idea, el carácter público y sus implicaciones jurídicas, nos encontramos con una empresa pública. En esta lógica, el sometimiento a limitaciones, tanto en la estructura organizaciones como en los contrataciones de una empresa pública, son factores decisivos al momento de competir con las empresas privadas.

En torno a la contratación pública, podemos señalar que sus procedimientos, en su gran mayoría, si bien se encuentran debidamente estructurados y plantean una serie de requisitos que se unifican con requisitos previstos en otras leyes,

tales como la certificación presupuestaria, no dejan de ser procedimientos lentos, lo cual, crea una brecha abismal entre la empresa pública y la privada. Los defensores del Sistema Nacional de Contratación Pública, podrán afirmar que la solución a esta brecha es la planificación de las contrataciones, lo cual, a nuestro criterio esta muy lejos de ser una solución, debido a que la contratación pública es el sincretismo entre el sector público y el privado, es así, que algunos de los procedimientos de contratación con una convocatoria abierta, son declarados desiertos, por haberse presentado oferta alguna.

En este contexto, creemos que el régimen especial para las contrataciones del giro específico del negocio de las empresas públicas, es una interesante figura jurídica que poseen las empresas públicas en Ecuador, mediante la cual, es posible dinamizar las contrataciones estratégicas para su actividad comercial, industrial, financiera y/o mercantil..

Empero de ello, la determinación del giro del negocio por parte del Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública contraviene totalmente la autonomía que deben tener, en esencia, las empresas públicas. Más aún, cuando analizamos que el Servicio Nacional de Contratación Pública, se demora aproximadamente de quince (15) a veinte (20) días en aprobar, negar o emitir observaciones a un pedido de ampliación del giro específico del negocio.

Otra de sus falencias, la encontramos en la herramienta informática Sistema Oficial de Contratación Pública, más conocida como portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec, en la cual se ha creado un procedimiento denominado “empresas públicas, mercantiles y subsidiarias” a través de la cual, se deben llevar a cabo los procedimientos de giro específico del negocio. Esta herramienta presenta problemas al momento de realizar una convocatoria, porque solamente permite invitar a un solo proveedor convocado, con lo cual, operativamente se elimina la posibilidad de aprovechar esta herramienta informática para realizar convocatorias abiertas a los proveedores. No esta por demás señalar, que la participación de los proveedores requiere de la inscripción y habilitación en el Registro Único de Proveedores (RUP) a cargo del

Servicio Nacional de Contratación Pública, lo cual, no se requiere en la empresa privada.

Finalmente, tenemos que señalar una de las más interesantes limitaciones que tiene el procedimiento de contratación bajo el giro específico del negocio de una empresa pública, esta directamente relacionado con la importación de bienes y los términos internacionales de comercio, más conocidos como “incoterms”. Esta limitación se manifiesta, cuando los proveedores extranjeros, establecen que los insumos, materia prima o bienes fabricados por éstos, pueden ser comercializados internacionalmente, pero sujeción a todos los incoterms que limitan el lugar de entrega de la mercancía. Es así que el lugar de entrega de los bienes contratados, puede ser su fábrica (EX Works, EXW), una locación en el país de origen (Free Carrier, FCA; Free Alongside Ship, FAS; y, Free on Board, FOB;), el puerto o aeropuerto de destino (Cost and Freight, CFR; y, Cost Insurance and Freight, CIF), y, en el lugar de destino definidos por la empresa pública (Cost and Insurance Paid, CIP; Delivered Duty Unpaid, DDU; y, Delivered Duty Paid, DDP).

Con excepción de los incoterms DDU y DDP, la empresa pública esta obligada a realizar contrataciones adicionales para completar la importación de los bienes contratados, las cuales, corresponderán al flete, nacionalización, transporte interno, seguro, entre otros gastos.

Con el objeto de brindar mayor sustento a la presente investigación, partiremos de un caso hipotético, cuya aplicabilidad no se descarta en un futuro cercano, para así, determinar la forma en la que aplican las limitaciones antes expuestas.

La compañía Explocen C.A., cuya participación accionaria mayoritaria pertenece al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, esta obligada a llevar sus procedimientos de contratación de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, con sujeción a los principios, normas y procedimientos previstos en el Sistema Nacional de Contratación Pública, según se desprende del Oficio No. INCOP-DE-2013-0191-OF de 18 de marzo de 2013, emitido por el extinguido

Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), hoy Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).

El objeto social de la citada compañía es la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, comercialización y distribución de explosivos industriales, sus derivados y componentes, de conformidad con la codificación de estatutos realizada mediante Escritura Pública otorgada el 26 de febrero de 1988 ante el Notario Segundo del cantón Quito.

Mediante Oficio No. INCOP-DE-2013-0731-0F de 09 de septiembre de 2013, el Director General del INCOP, hoy SERCOP, en ejercicio de la competencia legalmente establecida en el último inciso del numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP, procedió con la determinación de las contrataciones de su giro específico del negocio, para incluir entre otras, el “Carro Planta”.

En este contexto, debemos precisar que el “Carro Planta” es un bien mueble, similar a un camión hormigonera, cuya función principal es mezclar la materia prima para la fabricación de explosivos. En este contexto, por la función principal de este camión y su naturaleza, vamos a determinar que existen tres (3) proveedores en diferentes países del mundo, pero todos ellos, manejan como política interna, la venta de este tipo de camiones con restricciones a las condiciones de entrega, de acuerdo al incoterm EX Works, es decir, en su fábrica. Ninguno de estos proveedores está inscrito en el RUP, ni tiene interés de realizarlo, menos por la contratación un (1) Carro Planta.

Con estas consideraciones, nos vemos en la obligación de utilizar la herramienta del portal de Compras Públicas, con lo cual, solamente podremos realizar una invitación, por lo que, nos ocupa realizar en forma previa, una selección del proveedor que sea más conveniente, pero esta invitación, deberá realizarse a un proveedor inscrito en el RUP. Entonces, es evidente que no tenemos proveedor a quién invitar. Finalmente, el presupuesto referencial para la contratación en referencia es de USD \$500.00,00 (QUINIENTOS MIL DÓLARES DE LOS

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), más IVA, que se pagarán de la siguiente forma: 50% en calidad de anticipo y 50% contra entrega del Carro Planta.

En el caso hipotético de que el proveedor resuelva inscribirse en el RUP, nos vemos en la necesidad, de esperar que éste presente todos los documentos que acreditan su existencia legal como persona jurídica, debidamente apostillados y traducidos al español ante un Notario Público, lo cual, afectará indudablemente el tiempo para la transacción.

Más adelante el proveedor invitado, deberá entregar su oferta técnica y económica en forma física, en el lugar y fecha previsto para tal efecto. Lo que interesa señalar en este inciso, es que tanto el Formularios de Oferta como los documentos que acrediten los requisitos técnicos, económicos y experiencia deben estar en español, caso contrario, deben ser traducidos al español ante un Notario Público. Además, si dichos documentos vienen del exterior deben cumplir con el requisito de la apostilla. Inclusive, la empresa pública esta obligada a verificar las reglas de participación emitidas por Resolución Externa del Servicio Nacional de Contratación Pública, cuya aplicación es obligatoria para los procedimientos de contratación pública, incluso los del giro específico del negocio.

Considerando que la contratación es adjudicada al proveedor extranjero, debemos cumplir con el pronunciamiento del señor Procurador General del Estado (Oficio No. 11796, 2013), para lo cual, estamos obligados a solicitar las garantías de fiel cumplimiento y de buen uso del anticipo, en cualquiera de las formas previstas en el artículo 73 del Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Indudablemente, este será un requisito poco alentador para uno de los tres fabricantes de este tipo de bienes.

De adjudicarse este Contrato, tendríamos que realizar una o varias contrataciones con otro proveedor, desde el lugar de origen hasta su destino, incluyendo el servicio de transporte, seguro y nacionalización, mismas que deberán someterse a los procedimientos comunes de contratación pública, con

lo cual, simplemente seguiremos contando los días para esperar que el Carro Planta llegue a la fábrica de Explocen C.A., y aumente el nivel de producción.

A nuestro criterio, el giro específico del negocio debería incluir las contrataciones asociadas a la provisión del Carro Planta, inclusive, cuando éstas no se realicen con el mismo proveedor. Además, se debería modificar la herramienta informática del portal de Compras Públicas, con el objeto de que sirva como medio para publicar la información del procedimiento, ya sea en el transcurso del procedimiento o al final, cuando este haya concluido. Por otro lado, la inscripción y habilitación en el RUP, para proveedores extranjeros de bienes debería excluirse, caso contrario, la contratación pública se seguirá manejando por intermediarios, elevando los costos indirectos que se suman al presupuesto referencial.

Siguiendo el hilo conductor de la presente investigación, se torna importante profundizar el estudio del régimen contractual, que comprende su régimen común y especial; para luego, abordar el régimen contractual asociativo de las empresas públicas, inherente a la capacidad asociativa.

2.6. El Sistema de Contratación en las Empresas Públicas

El régimen jurídico contractual de las empresas públicas esta diversificado en varios cuerpos normativos, tales como la Constitución de la República del Ecuador (2008), la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), su Reglamento General (2009) y las Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública vigentes, como las fuentes más utilizadas para regular la dinámica contractual de las empresas públicas.

Para Efraín Pérez, el marco jurídico que regula el sistema de contratación, tanto contractual como asociativo de las empresas públicas, puede ser simplificado de la siguiente manera:

“Las adquisiciones de bienes, obras y servicios, incluyendo servicios de consultoría, de las empresas públicas se rigen por la LOSNCP, al igual que las demás instituciones públicas enumeradas en esta Ley, con las excepciones anotadas y adicionales excepciones determinadas en la LOEP” (2010, p. 16) .

Este sentido, establece la aplicación de un régimen común para todas aquellas contrataciones; cuyas “excepciones anotadas”, delimitarían al régimen especial, tal y como lo hemos manifestado anteriormente. En torno al objeto de las contrataciones, ya sean bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, se denota la adopción de la clasificación prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008). Por otro lado, entendemos que por “adicionales excepciones”, se refiere al régimen contractual asociativo.

En esta lógica, conviene reiterar que el sistema de contratación de las empresas públicas, indistintamente de la aplicación del régimen de contratación o asociativo, está sujeto al cumplimiento de los principios de contratación, previstos en el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Por lo antes expuesto, nos ocupa abordar el estudio de los principios constitucionales que regulan la contratación pública en el Ecuador.

2.6.1. Principios constitucionales que regulan la Contratación Pública en el Ecuador

La contratación pública tiende a obtener un sincretismo entre los sectores público y privado. La cuestión relacionada con sus principios constitucionales, se plasma en la adopción de los ejes fundamentales de su sistema social, económico, jurídico y político.

La Constitución de la República del Ecuador (2008), en su artículo 288, establece que las compras públicas deben cumplirse de acuerdo a los criterios

de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, y, participación nacional.

Al respecto, se torna indispensable remitirnos al Acta No. 055 de la mesa número siete de la Asamblea Constituyente de Montecristi (2008), efectuada el 30 de mayo de 2008, en la cual se definió al Régimen de Desarrollo, que contiene y fundamenta el texto del actual artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Del análisis del Acta No. 055 (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, pp. 13-23), se extraen las siguientes precisiones:

- a. Se establece que el capítulo de la Soberanía Económica contiene un primer artículo con la definición del sistema económico, le sigue un grupo de artículos que establecen los principios y mecanismos para definir las políticas económicas que garantizarán la ejecución de los planes de desarrollo en el marco de la soberanía económica, y finalmente, el último grupo de artículos que establecerá los principios de funcionamiento del sistema financiero, los sectores estratégicos, servicios y empresa públicas;
- b. Se define a las compras públicas como un mecanismo de fomento e incentivos para el desarrollo del aparato productivo nacional; y,
- c. Se establecen los principios que definen la política fiscal para el manejo económico de las compras públicas.

Concierne enfatizar nuestra atención a las precisiones realizadas en los literales a) y c) que anteceden, ya que nos permiten determinar que el término “criterio”, señalado en el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), ha sido utilizado como un sinónimo de “principio”; lo cual, habrá de considerarse en la pregunta central de la presente investigación.

Esta sinonimia, está plenamente fundada en la normativa jurídica específica que rige tanto a la contratación pública como a las empresas públicas. Al respecto,

los “criterios” constitucionales de transparencia, calidad y participación nacional, han sido expresamente definidos como “principios” para la contratación pública, conforme se desprende del artículo 4 la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008).

Siguiendo esta línea, los “criterios” constitucionales de eficiencia, calidad y responsabilidad social y ambiental, tratándose de la prestación de los servicios públicos, son considerados principios constitucionales y legales, de acuerdo con lo estipulado en el segundo inciso del artículo 314 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), en concordancia con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009).

A nuestro criterio, la eficiencia y calidad en las compras públicas, más que principios, deberían ser entendidos como criterios, pues, su conceptualización está directamente relacionada con las condiciones de tiempo y valoración comparativa, respectivamente. Además, su aplicación responde a una política, más no a una norma positiva. Claro está que su incorporación en la Constitución de la República del Ecuador, destaca el tinte político y económico que subyace a las políticas neoliberales.

A lo anterior debe agregarse que el umbral jurídico fundamental para la aplicación de los principios constitucionales de las compras públicas, es el principio de legalidad que regula a la actividad estatal.

Aceptando lo discutible de lo hasta aquí expuesto y, en general, al haberse definido a las compras públicas como un mecanismo de fomento e incentivos para el desarrollo del aparato productivo nacional, en este trabajo de investigación, deberá entenderse como principios constitucionales de la contratación pública, los siguientes: legalidad, responsabilidad, transparencia, calidad y participación nacional.

En cuanto a estos principios, nos atañe centrar nuestra atención en su definición, para así, determinar su incidencia dentro de un concurso público de

selección de socio estratégico privado, relacionado con el régimen contractual asociativo de las empresas públicas.

2.6.1.1. El principio de legalidad

Para Efraín Pérez (2014, pp. 40-41), la sumisión de la Administración a la Ley se realiza en virtud del principio de legalidad. A su criterio, el principio de legalidad puede ser entendido en sentido estricto y sentido amplio. En sentido estricto se refiere a la reserva de ley, según la cual, existen materias específicas que pueden regularse solamente por ley formal. Por otro lado, en sentido amplio, se determina que la legalidad delimita el campo de acción del poder público (Pérez E. , 2014, pp. 40-41).

Tratándose de la administración pública, el principio de legalidad es el pilar fundamental sobre el que se desarrollan los demás principios, cuya aplicación se proyecta directamente en el derecho administrativo. Al respecto, el primer inciso del artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, estipula:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley” (2008).

Como podemos observar, el principio de legalidad es aplicable, no solamente a las entidades y organismos del sector público, sino que en forma expresa, también se extiende para los actos y omisiones de los servidores públicos y aquellas personas que actúen en virtud de una potestad estatal.

2.6.1.2. El principio de responsabilidad

Para el doctor Javier Robalino Orellana, a la par del principio de legalidad, con el objetivo de buscar su efectividad, se desarrolla el principio de responsabilidad como el umbral para reconocer derechos y garantías a los ciudadanos. La

moderna visión de responsabilidad del Estado, que se mantiene desde la Constitución de 1998, reconoce el concepto de una Administración única y responsable, la cual debe responder por sus actuaciones sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario. En esta directriz, si bien se limita la capacidad de la Administración para deslindarse de responsabilidad, a su vez, se le exige que repita contra el funcionario responsable (2006, p. 197).

De manera concordante con el pronunciamiento del reconocido jurista ecuatoriano, el segundo y tercer inciso del número 9 del artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, disponen:

“El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas” (2008).

Lo anterior nos permite concluir que, el Estado como Administración única, tiene la obligación de responder directamente por los actos y omisiones que violen, restrinjan o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución de 2008. Esta responsabilidad puede tener dos finalidades, dependiendo de la perspectiva del análisis. A nuestro criterio, su finalidad es objetiva si analizamos la seguridad jurídica que le brinda al ordenamiento jurídico.

Mientras que, su finalidad es subjetiva si consideramos los derechos subjetivos afectados, que demandan la reparación de un daño causado y atribuible al Estado.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, esta responsabilidad se extiende para aquellas personas que sin tener la calidad de servidor público, delegatario o concesionario, participen en delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, de conformidad con el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Siguiendo esta línea, (Marx, 1995, p. 234) corresponde también al Estado, ejercer su derecho de repetición en contra de las personas naturales y jurídicas responsables, del daño que éste ha reparado. Es menester señalar que el derecho de repetición está estrechamente ligado con la determinación de responsabilidades, luego de un debido proceso, cuya sanción debe precisarse que no solamente ha de repararse en forma pecuniaria, sino que a su vez, implica responsabilidades en el ámbito civil, administrativo, e incluso, penal.

En materia de contratación pública, el principio constitucional de responsabilidad, es clasificado en torno al sujeto que se protege. En primer término, se garantiza los derechos de la ciudadanía, de ahí el concepto de responsabilidad social. En segundo, la responsabilidad ambiental tiene como fin último, el respeto a los derechos de la naturaleza, de acuerdo a su reconocimiento como sujeto de derecho, concordante con el segundo inciso del artículo 10 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

2.6.1.3. El principio de participación nacional

Acorde con la tendencia de actualidad que impregna la Constitución de la República del Ecuador (2008), se desarrolla el principio de participación nacional con el fin de cristalizar los objetivos y políticas gubernamentales, entre los que destaca, la redistribución de la riqueza.

El principio de participación nacional relacionado con las compras públicas, adquiere una importante relevancia en torno al cumplimiento de las políticas económicas, conforme se observa:

“Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: (...); 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En efecto, el principio constitucional de participación nacional en la contratación pública, es el umbral para que el Sistema Nacional de Contratación Pública integre un mecanismo de preferencias que incentivan considerablemente la contratación de productos y/o servicios ecuatorianos. Estos incentivos están prescritos en los artículos 7 y 21 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), y el artículo 16 de su Reglamento General (2009).

En primer término, se clasifica a los proveedores del Estado, en torno a sus condiciones económicas, otorgándoles la calidad de micro, pequeñas, mediana y grande empresa, en los términos tipificados en el numeral 5 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008).

La clasificación en mención, tiene una especial trascendencia en los procedimientos precontractuales del régimen común de las compras públicas, puesto que establece márgenes de preferencia dentro del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica; así como, el otorgamiento de puntos adicionales en la etapa de calificación ponderada de los procedimientos de Cotización de Bienes, Obras y Servicios, excluyendo los de consultoría.

Con relación a lo anterior, nos interesa señalar que, si bien los márgenes de preferencia son otorgados directamente por el Sistema Oficial de Contratación Pública, en la práctica observamos que esta herramienta informática vuelve a tener una falencia que se materializa cuando dos o más proveedores se asocian para participar como uno solo. En este caso puntual, el Sistema Oficial de Contratación Pública no tiene una opción que les permita establecer que están participando como Consorcio y su participación correspondiente, por lo que,

deben registrar su oferta desde el usuario de cualquiera de los consorciados. Es así que, al momento de otorgar los márgenes de preferencia en Subasta Inversa Electrónica, y los puntos adicionales en Cotizaciones, el portal de Compras Públicas, no realiza una verificación de los porcentajes de participación y otorga los incentivos antes enunciados, inobservando lo dispuesto en el artículo 13 de la Resolución INCOP No. 052-2011 de 11 de Octubre de 2011. Por su parte, la Entidad Contratante no tiene la facultad de modificar los resultados obtenidos por el portal de Compras Públicas.

En segundo término, dentro de los procedimientos de contratación del giro común, cuyo objeto comprenda la provisión de bienes o servicios normalizados, se debe declarar expresamente en la oferta, el valor del agregado nacional de los bienes y/o servicios ofertados, de conformidad con los formularios expedidos mediante Resolución INCOP No. 044-10 (2010), en concordancia con las normas señaladas en las Resoluciones INCOP No. RE-2013-0000089 (2013) y RE-INCOP-2013-0000096 de 26 de julio de 2013 (2013).

En los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica, estos valores declarados por los oferentes, tienen un rol decisivo en la etapa de puja electrónica del precio hacia la baja, puesto que, se dará preferencia a los proveedores cuyo valor agregado nacional del costo de producción del bien o servicio ofertado, sea superior al 40% para el caso de bienes, y del 60% para el caso de servicios. En esta lógica, el modelo de pliego de Subasta Inversa Electrónica elaborado por el Servicio Nacional de Contratación Pública, establece que aquellos proveedores que no cumplan con los porcentajes de producción nacional antes enunciados, participaran en la puja, siempre y cuando no haya otros proveedores que cumplan con la participación nacional.

Por otro lado, en otros procedimientos de contratación pública, se ha agregado como parámetro de calificación al valor del agregado nacional. Así por ejemplo, tenemos los procedimientos de cotización y licitación de bienes y servicios no normalizados.

El principio de participación nacional es justamente una estrategia de fomento para asegurar una adecuada redistribución de la riqueza, a través de la priorización de la producción nacional, en particular de los proveedores calificados como micro y pequeñas unidades productivas.

2.6.1.4. El principio de transparencia

La incorporación del principio de transparencia dentro de un sistema de gobierno constitucional y democrático, tiene un origen filosófico, categóricamente expuesto por Owen Fiss:

“La democracia requiere que los servidores del Estado rindan cuentas ante la sociedad, y una condición esencial de esta responsabilidad se encuentra en que la sociedad esté totalmente informada de las actividades de sus mandatarios”. (2008, p. 313)

Para Pablo Zak, el principio de transparencia implica que, el poder público y la actividad de la Administración se encuentran a la vista de todos, sin velos ni secretos, en una situación tanto pasiva como activa que se sintetiza en dejar ver y mostrar. (2009, p. 1).

El principio de transparencia ha sido reconocido expresamente por el derecho positivo en Ecuador, tanto en las leyes como jurisprudencia. Es así, que la transparencia de la actividad gubernamental se presenta como una política pública que cristaliza la participación y el control social a través del libre acceso a la información y la publicidad.

Su vinculación con la contratación pública se debe no solamente al obrar de la Administración, sino que a su vez, regla el obrar del privado dentro de las etapas precontractual, contractual y de ejecución de los procesos de contratación o concursos públicos.

Para Dromi, el principio de la transparencia aplicado a los procedimientos de selección de proveedores del Estado, debe ser entendido en el siguiente sentido:

“Se entiende entonces que la transparencia, como principio rector de la licitación, abarca respecto del actuar administrativo el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control. A su vez, los particulares-proponentes-oferentes coadyuvan en este procedimiento para que se haga efectivo el principio de la correcta actuación administrativa”. (2001, p. 392)

De este modo se desarrolla el Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano, como la herramienta que efectiviza la aplicación de este principio en los procedimientos de contratación pública.

Es responsabilidad tanto de las Entidades Contratantes como de los Proveedores del Estado, manejar en el portal de Compras Públicas, la gran mayoría de los procedimientos de contratación pública, así como, publicar toda la información relevante, señalada en la Resolución INCOP No. 053-2011 (2011), emitida por el órgano rector del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.6.2. Régimen Común de la Contratación Pública

Por regla general, debidamente estipulada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, todas las contrataciones que realicen las entidades públicas señaladas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), se someterán a las disposiciones de la citada Ley, su Reglamento General de aplicación y demás disposiciones administrativas aplicables, entre las cuales se estaría a las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, y, de manera supletoria, al Código Civil, salvo aquellas contrataciones que se someten a normativa específica y/o

especial relacionadas con el régimen especial de contratación, previsto en el artículo 2 y 3 de la citada Ley, siempre y cuando, éstas se adquieran o presten en el territorio nacional (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008).

El estudio del régimen común de la contratación pública, requiere un estudio amplio que nos permitiría entender el funcionamiento total del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que, enfocaremos nuestra atención hacia los aspectos que consideramos de mayor relevancia a la presente investigación, siendo éstos los actores del Sistema antes enunciado, el Plan Anual de Contrataciones PAC y los procedimientos de contratación.

En consonancia con el artículo 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), es preciso entender que el Sistema antes enunciado, comprende el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes.

Los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, comprenden el planteamiento de tres esferas. En la primera, encontramos tanto a las entidades contratantes como a los proveedores del Estado, que sincretizan una relación directa. En la segunda, estaría el Servicio Nacional de Contratación Pública, como el órgano rector del Sistema Nacional de Contratación Pública. Y, finalmente, en una tercera esfera, para fines de control y auditoría, se sitúa la Contraloría General del Estado, las unidades de autoría interna de las entidades contratantes y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, adaptado del artículo 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008).

Para viabilizar las relaciones que se crean entre los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, antes señalados, en concordancia con los principios de vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia y

publicidad, se implementa el Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano (SOCE), como el espacio informático en el que se desarrolla esta interacción de forma transparente de conformidad con la definición señalada en el numeral 25 del artículo 6, en concordancia con lo previsto el artículo 21 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008)

A la par de esta herramienta tecnológica, se crea el Registro Único de Proveedores, como un sistema público de información y habilitación de proveedores del Estado, con capacidad para contratar, adaptado del artículo 16 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008),

Como era de esperarse, la administración tanto del portal de Compras Públicas, como del Registro Único de Proveedores, corresponde al Servicio Nacional de Contratación Pública.

Por otro lado, cabe mencionar que los principios y normas constitucionales y legales, relacionados con la planificación, se vinculan a la implementación del Plan Anual de Contrataciones Institucional para cada ejercicio fiscal. Al tenor de lo estipulado en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), las entidades contratantes están obligadas a publicar en el portal de Compras Públicas, hasta el 15 de enero de cada año, su Plan Anual de Contratación Institucional, el cuál, podría ser reformado en adelante, mediante Resolución emitida por la máxima autoridad y registro correspondiente en el SOCE.

Con esta circunscripción al régimen común de la contratación pública, realizaremos un ejercicio práctico que permita al lector, identificar los diferentes procedimientos comunes que corresponderían aplicar a cada contratación pública.

En primer término, las entidades contratantes deben identificar la naturaleza del objeto de cada una de las contrataciones, determinando si se trata de la

adquisición de un bien, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio. Cuando se trata de la prestación de un servicio deberá tenerse en cuenta si el servicio comprende un estudio profesional especializado, para lo cual se entenderá como un servicio de consultoría, caso contrario es considerado como un servicio per sé. En tal virtud, las contrataciones deben ser identificadas como bien, servicio, obra o consultoría.

A nuestro criterio, la cuestión sobre esta clasificación se centra en los casos concretos, en las que el objeto de la contratación, contiene dos o más de la clasificación antes enunciada. Por ejemplo: La compañía TRANSNEXA S.A. EMA, cuyas acciones pertenecen en un cincuenta por ciento (50%) a la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, publicó el procedimiento de Menor Cuantía de Bienes y Servicios No. MCBS-TNXA-002-2014, con el objeto de contratar el “DISEÑO DE INTERIOR FUNCIONAL Y REUTILIZACIÓN DE MOBILIARIO Y PANELERÍA EXISTENTE, PROVISIÓN E INSTALACIÓN DEL CABLEADO ESTRUCTURADO, ADECUACIÓN DE CAFETERÍA, PINTURA, INSTALACIONES ELÉCTRICAS Y ELECTRÓNICAS, MOBILIARIO Y PANELERÍA NUEVOS; PARA EL ACONDICIONAMIENTO DE LAS OFICINAS DE TRANSNEXA S.A. EMA”.

Esta es una contratación muy interesante, porque denota la necesidad imperiosa que tiene dicha entidad contratante, para que un mismo proveedor realice la consultoría del diseño y reutilización; la provisión del cableado estructurado y demás bienes necesarios; la prestación de los servicios de instalación, pintura y demás; y, por último, los servicios de obra relacionados con el acondicionamiento de una oficina.

En segundo término, tratándose de bienes y servicios, éstos a su vez, deben ser clasificados como normalizados o no normalizados. La normalización corresponde a la entidad contratante y no es otra cosa que la homologación y estandarización de sus características y/o especificaciones técnicas, a fin de que se detalle el bien a adquirir o el servicio a prestar, con el objetivo de permitir que los proveedores participen en igualdad de condiciones y realicen una oferta

sería, con respecto de un mismo bien y/o servicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 6, numeral 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), en concordancia con lo estipulado en el artículo 42 de su Reglamento General de aplicación. (2009)

En tercer término, las contrataciones que correspondan a bienes y servicios normalizados deberán sujetarse a los procedimientos dinámicos que prevé el Capítulo II del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009). Éstos son los procedimientos de Catálogo Electrónico y Subasta Inversa Electrónica, cuya aplicación deberá realizarse en el mismo orden que se ha señalado. Es decir, no procede la aplicación del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica para los casos en que se pueda adquirir bienes y/o servicios, por medio del Catálogo Electrónico.

A nuestro criterio, la contratación pública ser dinámica. El sincretismo que existe entre sector público y el privado debe efectuarse dentro de un marco que denote eficacia y eficiencia. El gasto administrativo que genera un procedimiento de contratación bajo la modalidad de la Subasta Inversa Electrónica, es sumamente alto. No esta por demás señalar que, dicho procedimiento tiene muchos aciertos y falencias, pero destaca su poca demora.

Es precisamente en este sentido que, tomando el ejemplo de Chile, la contratación pública, respetando sus principios y normas fundamentales, debe impulsar el proceso de normalización de bienes y servicios para incluirlos en el Catálogo Electrónico, cuyo procedimiento de selección compete al Servicio Nacional de Contratación Pública.

En cuarto término, las contrataciones que impliquen la adquisición de bienes y/o prestación de servicios no normalizados, así como, la ejecución de obras, tienen tres tipos de procedimientos cada uno, que serán determinados en virtud del presupuesto referencial de cada una de las contrataciones. Estos son: Menor Cuantía, Cotización y Licitación.

Estos procedimientos de contratación tienen sus particularidades propias, que sintetizaremos a continuación, con un breve comentario de su aplicación en la actualidad.

En quinto término, estarían los procedimientos de contratación de servicios de consultoría, que deben ser contratados con consultores nacionales, salvo aquellos casos en los que, después de un procedimiento publicado por medio del SERCOP, se determine necesaria la convocatoria a consultores extranjeros.

De igual manera, sus procedimientos se clasifican en virtud del monto de contratación, así tenemos, la contratación directa, lista corta y concurso público. El primero de estos procedimientos conlleva una invitación directa a un consultor para que presente su oferta técnica y económica. Mientras que, los otros dos procedimientos de contratación prevén una suerte de concurso público de proveedores, en el que los criterios de calificación aplicables, serán de calidad, experiencia y costo.

En sexto término, estarían los procedimientos de contratación por ínfima cuantía, cuya regulación no se encuentra prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), sino que a su vez, ha sido incluida en el artículo 60 del Reglamento General de aplicación a la citada Ley (2009), en conexión con la Resolución INCOP No. 062-2012 (2012).

La incorporación de este procedimiento al Sistema Nacional de Contratación Pública, para la contratación de bienes y servicios, seguros y obras de remodelación y conexas que son emergentes, y cuyo presupuesto referencial de contratación sea igual o menor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado vigente, ha generado un gran debate en el campo del derecho administrativo, debido a su inclusión reglamentaria, más no por Ley.

Se advierte que en la práctica, este procedimiento de contratación pública ha sido desnaturalizado e incluso abusado por las Entidades Contratantes.

En séptimo y final término, estarían los procedimientos especiales del régimen común, que comprenden la contratación de integral por precio fijo, contratación en situaciones de emergencia, adquisición de bienes inmuebles y el arrendamiento de bienes inmuebles, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo V de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008).

Téngase en cuenta que todo proceso de contratación pública se compone de las siguientes etapas: preliminar, selección, contratación, ejecución y post contractual, según consta en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008).

Al respecto, las diferencias que nos interesa distinguir entre los procedimientos de contratación antes enunciados, para los fines exclusivos de esta investigación, se centran en los criterios de selección de los proveedores del Estado, dentro del régimen común de contratación pública.

En resumen, de acuerdo con las definiciones, que constan en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), encontramos los siguientes criterios de selección de proveedores:

“17.- Mejor Costo en Bienes o Servicios Normalizados: “Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo” (2008);

18.- Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: “Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos” (2008); y,

19.- Mejor Costo en Consultoría: “Criterio de "Calidad y Costo" con el que se adjudicaran los contratos de consultoría, en razón de la ponderación que para el efecto se determine en los Pliegos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento” (2008).

Es importante recalcar que la contratación pública no debe enfocarse solamente a obtener un ahorro económico, tal y como observamos en el criterio de mejor costo de bienes y servicios normalizados, aplicable al procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, sino que a su vez, se debe brindar mas interés a los criterios de calidad y experiencia.

En cuanto al criterio del mejor costo en bienes y servicios no normalizados, específicamente en aquellas contrataciones que por su presupuesto referencial se ajustan al procedimiento de Menor Cuantía, se determina que las reformas realizadas a la plataforma informática del portal de Compras Públicas constituyen una violación sustancial, en cuanto a la normativa que rige el procedimiento de selección, como al criterio en cuestión.

Al respecto, el artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el caso que nos ocupa, señala:

“Contrataciones de Menor Cuantía.- Se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos: 1. Las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; (...).En los casos de los números 1 y 3 se podrá contratar directamente. (...)”. (2008)

Es decir, la máxima autoridad puede selección al proveedor que, cumpliendo el requisitos de inscripción y habilitación del RUP, cumpla con el perfil determinado por la Entidad Contratante para la contratación de bienes y servicios no normalizados.

Hasta antes de la reforma introducida por el SERCOP en el portal de Compras Públicas, que esta prescrita en la Disposición General Primera de la Resolución No. RE-INCOP-2013-0000097 de 26 de julio de 2013, la herramienta informática permitía invitar directamente a un proveedor seleccionado por la máxima autoridad, de conformidad con lo previsto en la LOSNCP.

En la actualidad, no es posible realizar una selección directa por parte de la máxima autoridad, sino más bien, se agregó en la herramienta informática, una etapa de manifestación de interés por parte de los proveedores, dentro de la cual, todo proveedor local interesado puede manifestar su interés a través del portal de Compras Públicas, bastando para tal efecto, con el registro de su precio oferta y la declaración del Valor Agregado Ecuatoriano (VAE) correspondiente.

Luego de lo cual, el Sistema realizará un supuesto sorteo automático realizado por el portal de Compras Públicas que definirá el proveedor que será invitado a participar. En realidad, no existe un sorteo para la selección el proveedor, sino que más bien, el sistema selecciona al proveedor que haya registrado el menor precio ofertado, y en caso de que dos proveedores registren el menor precio ofertado, será el porcentaje del VAE que definirá el proveedor que se seleccionará.

A nuestro criterio, la naturaleza de este procedimiento de contratación, referente a la no normalización de los bienes o servicios, no ha sido considerada en lo más mínimo. En esencia, un bien o servicio no normalizado tendrá como efecto primario, una caracterización general de la contratación y no un detalle pormenorizado de cada una de las características y especificaciones técnicas de la contratación, como sucede en las Subasta Inversas Electrónicas.

Ante la imposibilidad de normalizar un bien o servicio, se debe plasmar especificaciones generales que se deben ir materializando con la ejecución del Contrato, como sería el caso del mantenimiento correctivo de bienes, que no se tiene una certeza de los hechos futuros que pudiesen ocurrir.

Por lo antes expuesto, advertimos que, más allá de la contradicción jurídica que existe entre el artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la Resolución No. RE-INCOP-2013-0000097 de 26 de julio de 2013, el proceso de selección de los proveedores de bienes y servicios implementado en la herramienta del portal de Compras Públicas, generará graves consecuencias jurídicas tanto para las entidades contratantes como para los proveedores del Estado, que se enfocaran en el alcance del objeto de las contrataciones, que valga la pena redundar, es de naturaleza no normalizado.

2.6.3. Régimen Especial de la Contratación Pública

Las contrataciones que se someten al régimen especial, deben considerar como punto de partida, la enunciación expresa de los casos señalados en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Públicas (2008), que se adquieran o presten en el territorio de Ecuador. En términos generales, todas estas contrataciones tendrán un procedimiento especial.

Para fines exclusivos de la presente investigación, se limita el análisis del régimen especial de la contratación pública, a las contrataciones que celebren las empresas públicas, entre sí, o con proveedores de naturaleza privada, que se relacionen con el giro específico de su negocio, y, que cuenten con la determinación del Director del Servicio Nacional de Contratación Pública, de conformidad con el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), en conexión con lo estipulado en los artículos 103 y 104 de su Reglamento General (2009) y la Resolución INCOP No. 051-2011 (2011).

La principal diferencia entre el régimen especial y el común, radica en las normas y procedimientos aplicables a la contratación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 104 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009), se estipulan dos aspectos que deben puntualizarse:

Primero, relacionado con la normativa aplicable al régimen especial, se determina que bajo esta modalidad de contratación, se debe aplicar no solamente lo contemplado en el respectivo Instrumento jurídico, sino que a su vez, éste debe someterse a las leyes específicas que rigen a las actividades del negocio o por prácticas comerciales o modelos de negociación de aplicación internacional. (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009)

Segundo, se prohíbe expresamente la aplicación del régimen especial para aquellas contrataciones que correspondan a los procedimientos contemplados en el régimen común contractual. (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009)

Es importante remitirnos al criterio del señor Procurador General del Estado (Oficio No. 11796, 2013), con respecto a las contrataciones del giro específico del negocio que nos atañen:

“Se advierte además, que en las contrataciones que se efectúen bajo el giro específico del negocio, se deben observar las normas generales que rigen para todas las contrataciones referidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre ellas, las relacionadas con los contratos, garantías, inhabilidades, Registro Único de Proveedores” (Procuraduría General del Estado, 2013).

Siguiendo este criterio, se determina que las contrataciones del giro específico del negocio que lleven adelante las empresas públicas, deberán considerar lo establecido en el Título IV “DE LOS CONTRATOS”, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), que le otorga un carácter de administrativo al contrato y deberá observar las disposiciones relativas a la inhabilidades generales y especiales, multas, plazo para proceder con el pago del anticipo, garantías de fiel cumplimiento del contrato, de buen uso del anticipo y técnica, administrador del contrato, recepciones y liquidaciones, cesión y subcontratación, entre otras.

En la actualidad los procedimientos de contratación del giro específico del negocio que cuenten con la determinación efectuada por el Director del Servicio Nacional de Contratación Pública, han sido reglamentados en algunas empresas públicas. Tal es el caso, de la Empresa Pública de Desarrollo Estratégico Ecuador ESTRATÉGICO EP, cuyo procedimiento ha sido normado mediante Reglamento para contratación de régimen especial. (Decreto Ejecutivo No. 989, 2011).

Otro es estos casos, es la Codificación del Reglamento para las Contrataciones del Giro Específico de ENFARMA EP, expedido por su Gerente General, mediante Resolución Administrativa No. ENFARMA-GG-2013-178.

Como lo hemos venido señalando a lo largo de esta tesis, la contratación pública debe sincretizar las relaciones entre las empresas públicas y el sector privado. Es precisamente en ese contexto que se debemos entender al giro específico del negocio, como un procedimiento que dinamiza estas contrataciones, permitiendo el correcto desarrollo de sus actividades con aplicación de criterios empresariales.

Sin perjuicio de la provecha utilidad que tiene el procedimiento del giro específico del negocio para las empresas públicas, consideramos el criterio del señor Procurador General del Estado (Procuraduría General del Estado, 2013), relacionado con la incorporación de normas generales de contratación pública, soslaya la esencia del giro específico del negocio. Tal es el caso, que una empresa pública podría dinamizar el procedimiento precontractual, pero en forma previo a la suscripción, estaría obligada a recibir las garantías que correspondan, solamente en los tipos de garantía señalados en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación.

Mismo criterio mantenemos sobre el mecanismo de funcionamiento de la herramienta del portal de Compras Públicas, denominada "empresas públicas, mercantiles y subsidiarias", mediante la cual, el Servicio Nacional de Contratación Pública exhorta el procedimiento de contratación, desde la etapa precontractual, se efectúe a través de dicha herramienta. Además, se advierte

que dicha herramienta esta diseñada para realizar invitaciones directas a proveedores registrados y habilitados en el RUP, lo cual, limita la realización de procesos de contratación del giro específico del negocio, que tengan convocatorias abiertas.

2.6.4. Régimen Especial Asociativo

De aquí, en adelante se abordará el régimen especial asociativo de las empresas públicas. Para lo cual, se considera oportuno precisar, que la aplicación de este régimen puede tener, dentro del marco de la contratación pública que circunscribe esta investigación, dos fines concretos. El primero se refiere a la suplir la recurrente necesidad que tiene una empresa pública de realizar una determina actividad que su propia competencia, dentro de la cual, se ha enfocado la pregunta central de esta investigación. Mientras que, el otro fin que una empresa pública, podría perseguir a través del régimen especial asociativo, sería la participación como proveedor de bienes, servicios, obras o consultorías, priorizando los criterios de empresariales y buscando una rentabilidad económica.

Se aclara que el desarrollo del presente trabajo se circunscribe a la aplicación del régimen especial asociativo, como un mecanismo alternativo a los procedimientos comunes y especiales del Sistema Nacional de Contratación Pública. Por consiguiente, analizaremos este régimen enmarcado a las actividades inherentes a la propia empresa pública, que conforma la asociación.

Delimitado el ámbito de la presente investigación, en torno a las partes que se asocian, tenemos las asociaciones público-público y las asociaciones público-privadas.

En cuanto a las asociaciones público-público, observamos que no es necesario de un concurso público para la selección del socio, en este caso de naturaleza jurídica pública, de conformidad con lo previsto en el tercer inciso del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Pública:

“No requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional” (2009).

Distinto procedimiento, se aplicará para el perfeccionamiento de las asociaciones público-privadas en el que obligatoriamente se ha de considerarse lo siguiente:

“Art. 35.- (...) Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y se requerirá concurso público, y para perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio.” (Ley Orgánica de Empresas Públicas , 2009).

En concordancia con lo anterior, se precisa que en cualquiera de las formas asociativas adoptadas por el Directorio de la empresa pública, la normativa aplicable se sujetará a las estipulaciones del contrato o convenio asociativo, que se celebre para tal efecto.

Finalmente, con respecto al objeto de la asociación, nos interesa puntualizar su desvinculación la determinación del giro específico del negocio a cargo del Director Ejecutivo del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). En esta lógica, se concluye que no es requisito legal exigible la determinación realizada por el SERCOP para el perfeccionamiento de una asociación público privada, aseveración que se sustenta en el pronunciamiento emitido por el Procurador General del Estado (Oficio No. 11796, 2013).

2.6.4.1. Capacidad Asociativa

Para Jorge Fernández Ruíz (2014, p. 58), la gestión empresarial del Estado, como una tendencia organizativa de la administración pública, se ha desarrollado bajo muy diversas figuras jurídicas asociativas, sin que exista una

sistematización de las mismas que defina, como sería deseable, en qué casos se debe emplear una, y en cuáles cada una de las otras. Indudablemente, bajo esta lógica empresarial, se marcó un giro de ciento ochenta grados a la organización y actividad estatal.

En este sentido, se advierte que el debate académico y jurídico, sobre los instrumentos típicos y atípicos que las empresas públicas celebren en virtud de su vasta capacidad asociativa, recién inicia en el Ecuador.

Definitivamente los dos criterios antes expuestos, están estrechamente vinculados con el tenor literal del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. (2009).

En los términos del citado artículo (2009), se insertan todos los instrumentos jurídicos asociativos, inclusive aquellos que sean aplicados en el ámbito internacional, como un mecanismo que tienda al cumplimiento de los fines, objetivos y metas trazados por la empresa pública. En este contexto, debe entenderse que tal asociación, se perfeccionará y surtirá efectos, a más de cumplidos todos los requisitos técnicos, económicos, legales y operativos requeridos, siempre y cuando, el Estado tenga la mayoría accionaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Al respecto, la doctora Vianna Maino, consciente de los diversos contratos y convenios asociativos aplicables a las empresas públicas, sintetiza los aspectos más relevantes que el directorio de una empresa pública, ha de considerar durante la identificación de la figura jurídica asociativa más conveniente:

“(..), los diversos mecanismos de asociación entre el Estado y el sector privado se distinguen entre sí principalmente por los riesgos que asume este último, y por la forma en que se percibe la contraprestación económica del contrato” (2011, p. 6).

Compartiendo el criterio de Maino (2011, p. 6), debe entenderse que las asociaciones, sean estas público-público o público-privadas, esencialmente tienen que compartir un objetivo específico en común, que generalmente implica, el desarrollo de una actividad económica, cuya rentabilidad es aleatoria.

En tal virtud, la determinación del riesgo empresarial se comparte entre los asociados, de conformidad con lo establecido en el convenio o contrato, que ha de celebrarse para tal efecto. Así tenemos, otra notable distinción entre el régimen contractual y asociativo de las empresas públicas.

CAPITULO III

ALIANZA ESTRATÉGICA

3.1. Definición doctrinaria

En sentido general, las alianzas estratégicas han sido un mecanismo asociativo para la consecución de un objetivo, cuya noción corresponde a la dinámica empresarial que se desarrolla en su gran mayoría, bajo la ideología neoliberal. Por otro lado, desde una visión menos empresarial, este término ha sido desarrollado para definir una amplia gama de acuerdos entre Estados, como es el caso, de las alianzas estratégicas relacionadas con la cooperación e integración internacional.

En este contexto, se destaca que la dificultad para definir al término “alianza estratégica” subyace de los diversos usos, fines y sentidos que encontramos en la práctica, tanto pública como privada. Sin perjuicio de lo antes señalado, consideramos que la dificultad para definir al término “alianza estratégica”, en la noción que nos interesa, se debe resolver partiendo de la separación de ambos términos, a fin de desarrollar los aspectos inherentes a su concepción pública como un mecanismo asociativo.

Para, Guillermo Cabanellas de Torres (2006, p. 30), el término “alianza”, debe concebirse como un acuerdo que permite la unión de cosas que concurren a un mismo fin.

De la citada definición, se extraen las siguientes consideraciones conceptuales: Primero, una alianza constituye la celebración de un acuerdo de voluntades entre dos o más personas con capacidad legal para ejercer derechos y contraer obligaciones. Segundo, al referirse a la unión de cosas, debe entenderse que las partes realizan aportes tangibles e intangibles a la relación de colaboración que éstas constituyen. Tercero, las alianzas estratégicas tienen como objeto, el cumplimiento de un objetivo específico y determinado de común interés para las

partes. Con respecto a esta última consideración, se debe distinguir el objeto de la asociación per sé, de los intereses propios de cada una de las partes.

Es así, por ejemplo, que en el caso de una alianza estratégica público-privada constituida para el desarrollo de un proyecto de teleférico, se distingue su objetivo de los intereses que motivan a las partes. El objeto per sé de la alianza estratégica es la formación de una asociación para el desarrollo y ejecución de un proyecto en concreto. Mientras que los autos que motivan a los asociados, pueden ser distintos. En este ejemplo, podría decirse que al socio privado le interesa tener una rentabilidad económica, mientras que al socio público le motiva el fomento del turismo y comercio, cuya rentabilidad es de tipo social.

Hasta aquí se ha desarrollado el concepto de alianza, por lo que nos corresponde definir al término “estratégico”. Al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, lo define como un adjetivo, en el siguiente tenor:

“Perteneiente o relativo a la estrategia”. (2001)

Indudablemente el término “estratégico”, debe ser entendido como un adjetivo calificativo del término “alianza”. Este calificativo debe ser entendido como el conjunto sistemático de acciones alineadas al cumplimiento de un objetivo específico, más no, como un término perteneciente a los sectores estratégicos.

Limitar el ámbito de acción de una alianza estratégica a la gestión de los sectores estratégicos, por su terminología textual, sería caer en una interpretación infundada. Al respecto, téngase en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico no ha definido propiamente al término “alianza estratégica”.

En este orden lógico, el contexto en el que se desarrolla la capacidad asociativa de las empresas públicas, tiene un carácter amplio y general, como lo hemos venido señalando.

Para Joseph Cacaraco (1992, pp. 1-7), una alianza estratégica constituye una relación bilateral o multilateral caracterizada por el compromiso de asociación de dos o más empresas, para la consecución de uno o varios objetivos en común.

Con una concepción más ajustada al caso ecuatoriano, en la tercera edición del Catálogo de Inversión para Proyecto Estratégicos del Ecuador, las alianzas estratégicas son definidas de la siguiente manera:

“Alianzas estratégicas.- Abarca varias modalidades asociativas entre empresas públicas o mixtas ecuatorianas con empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, para el desarrollo de los proyectos. Se incluyen en esta modalidad alternativas como las de contratos de asociación, joint venture, creación de subsidiarias y otras formas análogas. La selección de socios o aliados puede hacerse de forma directa para empresas públicas nacionales o extranjeras; y, para la de empresas privadas nacionales o extranjeras debe realizarse un proceso de selección especial. En cualquier evento, la empresa pública ecuatoriana debe tener la participación mayoritaria en la asociación”.
(2012, p. 11)

En virtud de las consideraciones antes expuestas, debe entenderse por “Alianza Estratégica” al acuerdo, en virtud del cual, una empresa pública se asocia con otra u otras personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, para alcanzar uno o varios objetivos en común, en los términos entablados y definidos previamente por las partes.

En cuanto a las alianzas estratégicas público privadas, a la citada definición se le agregan las siguientes características: Obligatoriedad de un concurso público para la selección del socio estratégico privado; y, participación accionaria mayoritaria de la empresa pública, en conformidad con el tenor de los artículos 315 y 316 de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

3.2. Tipos de Alianzas Estratégicas

A fin de constituir una alianza estratégica, las empresas públicas deben observar lo previsto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), artículo 35, segundo y tercer incisos, que se citan a continuación:

“Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y se requerirá concurso público,(...). No requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional.” (2009)

Varias son las ideas que se puede extraer de la citada disposición legal, entre ellas, nos interesa precisar que, tal y como esta prescrito en la Ley, se deduce que las asociaciones público privadas son el género, mientras que las alianzas estratégicas son un subgénero o especie.

Las alianzas estratégicas se clasifican en dos tipos, dependiendo de la naturaleza jurídica de los asociados. En el primer tipo encontramos a las alianzas estratégicas público-público, que como su nombre lo señala, consisten en la asociación de una empresa pública con otra empresa, ente u organismo de naturaleza pública.

Mientras que las alianzas estratégicas, cuya asociación comprenda a una empresa pública y a una persona de naturaleza privada, se han de entender como alianzas estratégicas público privadas.

De lo antes expuesto, se colige que este mecanismo asociativo se clasifica en dos tipos: público-público, cuando ambos socios son de naturaleza pública; y, público-privado, cuando la empresa pública ha de asociarse con un socio privado.

El fundamento de tal clasificación está estrechamente vinculado con la prevalencia del bien común sobre el general. En tal sentido, entiéndase que la opción de buscar un socio estratégico privado resultará excepcionalmente, siempre y cuando el comparador público privado establezca su conveniencia. Inclusive, nótese que ante la necesidad de perfeccionar una alianza estratégica público privada, se requerirá de un procedimiento precontractual de selección del socio de naturaleza privada.

3.2.1. Público-Público

De conformidad con los presupuestos fácticos antes expuestos se observa que el perfeccionamiento de un acuerdo asociativo que adopte la modalidad de alianza estratégica público-privada, se sujetará a las normas, procedimientos y demás disposiciones de carácter jurídico que serán emitidas por el Directorio de la empresa pública.

No está por demás reiterar que los acuerdos asociativos crean derechos y obligaciones, tanto para las partes, como para terceros. En lo relativo a las obligaciones de carácter económico, nos interesa señalar que al socio público promotor de la alianza estratégica, en forma previa a la suscripción del Instrumento jurídico que brinde mayor conveniencia para las partes, tiene la obligación de contar con su respectiva certificación presupuestaria, tal y como lo dispone legalmente el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas:

“Certificación Presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.
(2010).

Además de dicho requisito legal, se debe cumplir con todas las demás formalidades que requiere un contrato de carácter administrativo.

Es muy interesante profundizar la excepción que se realiza a las empresas públicas o mixtas que sean extranjeras. Al tenor de lo previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se determina que estas empresas extranjeras, cuya naturaleza jurídica es pública, gozaran del mismo tratamiento preferencial que reciben las empresas públicas o mixtas nacionales. Es así, su naturaleza pública les permitirá celebrar acuerdos asociativos con empresas públicas nacionales, sin necesidad de efectuar un concurso público para la selección del socio en cuestión.

Es así, por ejemplo, que la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR, mediante la figura de Alianza Estratégica, sin necesidad de concurso público alguno, se asoció con la empresa Petróleos de Venezuela PDVSA, para la construcción de un nuevo complejo refinador en el Pacífico ecuatoriano.

El perfeccionamiento de la citada Asociación se efectuó a través de la constitución de una nueva persona jurídica con personalidad jurídica propia, denominada “Compañía de Economía Mixta Refinería del Pacífico Eloy Alfaro”, conforme consta del Registro de Escrituras Pública a cargo del Notario Décimo Octavo del cantón Quito. (R.D.P., 2013)

3.2.2. Público-Privada

Como ya se advirtió en los párrafos que anteceden, la realización de un concurso público para la selección del socio de naturaleza privada, será un requisito legal y obligatorio para el perfeccionamiento de una Alianza Estratégica de tipo Público Privada.

Cuadra decir, así mismo, que nuestro ordenamiento jurídico faculta al Directorio de las empresas públicas, establecer no solo el procedimiento de concurso público para seleccionar al socio estratégico privado, sino a que su vez, les compete dictar normas internas de carácter administrativo, que regulen la relación contractual y su ejecución.

A la par de esta atribución poco limitada, conviene señalar que para la solución de conflictos que se produzcan dentro de un contrato de alianza estratégica público privada, se sujetarán a lo previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que establece:

“Los emprendimientos y asociaciones previstos en el artículo anterior se sujetarán al contenido específico de los acuerdos que se celebren y en lo no previsto en ellos, a lo dispuesto en esta Ley, en las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la normativa específica dictada para las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos y para las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional” (2009).

Quedaría expresamente señalado que los contratos asociativos a los que se refiere la figura jurídica que es fuente del presente análisis, podrían incluir condiciones que tengan un sentido contrario al de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre otras.

A nuestro criterio, la selección de un socio estratégico privado se enfoca en la combinación de recursos públicos con privados para el desarrollo de un proyecto de interés común, por lo que el análisis de conveniencia público, debe tener indicadores de medición de rentabilidad económica y social.

3.3. Factores claves de una Alianza Estratégica

Ante todo, señalaremos que la característica esencial que distingue conceptualmente a las alianzas estratégicas de los demás mecanismos asociativos que disponen las empresas públicas en uso de su capacidad asociativa, es el entendimiento que existe entre los socios, para la construcción de un proyecto que ha de materializar la consecución del objetivo en común. (Montaña & Ramírez, 2013, p. 2)

Este criterio doctrinario se emparenta con la práctica internacional y toma una especial relevancia en el procedimiento del concurso público para la selección del socio estratégicos de naturaleza privada, que se describe en el Capítulo IV de la presente investigación. Al respecto, nótese que la fase de reconstrucción del proyecto es propuesta como una etapa que permite un diálogo abierto para los concursantes que hubiesen manifestado su interés en participar dentro del Concurso Público, con estricto apego al cumplimiento de los principios de transparencia, igualdad, oportunidad y publicidad.

Expuesta así la esencia de una alianza estratégica, debemos determinar los demás factores relevantes para su constitución.

3.3.1. De la iniciativa del Proyecto

El postulado inicial de las alianzas estratégicas es el entendimiento y diálogo entre la empresa pública y uno o más socios públicos y/o privados, para definir un proyecto de interés público, que requiera de la unión de recursos públicos y/o privados para el cumplimiento de un objetivo común de las partes asociadas.

En esta lógica, surge la iniciativa como el canal jurídico, a través del cual tanto el sector público como el privado, pueden proponer una alianza estratégica que permita el desarrollo de un proyecto de interés público, orientado al cumplimiento de un objetivo en común para ambas partes. Es así, que la idea de asociarse, puede provenir del ingenio público o privado.

Sin embargo, sea cual fuere el criterio a emplear, la iniciativa deberá fundarse sobre un objetivo específico que encuentra un calificativo de interés público, en virtud de la necesidad social que éste persigue. Llegamos así, a la cuestión de clasificar a las necesidades sociales en torno al impacto económico que éstas generan al Estado. Por un lado, tenemos las necesidades sociales cuya explotación mediante una alianza estratégica es perfectamente rentable; y, por otro, las que requieren de la subsidiaridad económica del Estado.

En términos generales, las alianzas estratégicas son generalmente empleadas para la consecución de proyectos que implican el cumplimiento un objetivo que responde a una necesidad social cuya explotación conlleva una rentabilidad económica.

La presente investigación, se circunscribe a este tipo de proyectos que no requieren la subsidiaridad económica del Estado, puesto que a nuestro criterio, la redistribución de las utilidades que surjan durante la administración y operación del proyecto, provenientes de sus usuarios, han de ser la única forma para que las partes puedan recuperar su inversión y cumplir con sus beneficios. Inclusive, ha de tomar un estudio muy importante, la distribución de los riesgos por las partes asociadas, indistintamente de su naturaleza jurídica.

3.3.1.1. Iniciativa Pública

Todo iniciativa es pública, cuando ésta nace de una entidad del sector público o de una empresa pública, para el desarrollo y ejecución de un objetivo específico, concreto y de interés público.

Sin importar su naturaleza pública, las iniciativas para proyectos de asociación pública privada con empresas públicas, deberán sujetarse a los requisitos de aprobación que se desarrollan en adelante.

El primer paso será verificar si la empresa pública tiene competencia para desarrollar el proyecto correspondiente, en virtud de su objeto social. Segundo, corresponde a la máxima autoridad de la empresa pública, el análisis del objetivo y su calificación de interés público o privado. Al respecto, tal y como proponemos en el procedimiento de concurso público, este análisis deberá aplicarse con estricto apego a la metodología del comparador público privado, que conlleva la determinación de la conveniencia de desarrollar el proyecto a través de una alianza estratégica público-público o público-privada.

Todo proyecto de alianza estratégica deberá contar con un informe técnico motivado que contendrá los justificativos técnicos, económicos y empresariales,

previo a la Resolución del Directorio, conforme lo estipulado el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. (2009)

Tercero, del análisis debidamente fundamentado en la documentación señalada en el párrafo que antecede, la máxima autoridad de la empresa pública pondrá a disposición del Directorio el proyecto de alianza estratégica correspondiente, para su aprobación, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. (2009)

Finalmente, el Directorio resolverá la conveniencia del desarrollo del Proyecto, así como, la modalidad asociativa que más se adecúe al caso concreto, incluyendo, los requisitos y las normas que regirán en adelante tanto al procedimiento de concurso público como los términos contractuales. En este punto, es importante señalar que el proyecto aprobado por el Directorio, podrá más adelante, ser reformado de común acuerdo durante la fase de reconstrucción del proyecto.

3.3.1.2. Iniciativa Privada

Para fines de la presente investigación, deberá entenderse por iniciativa privada, las propuestas formales que realiza una persona natural o jurídica del sector privado a una empresa pública, para el desarrollo de un proyecto de interés público, orientado al cumplimiento de un objetivo en común para ambas partes.

Es importante señalar que el destinatario de la iniciativa privada, en este caso, las empresas públicas, deben tener la competencia para conocer y resolver sobre la materia de la que versa el objetivo del proyecto propuesto.

Del análisis jurídico de las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), queda claro que no se ha reglado los procedimientos ni los requisitos para la presentación de una iniciativa pública. En tal virtud, nos corresponde profundizar el estudio de las iniciativas privadas en otros cuerpos legales.

Al respecto, el artículo 5 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (2010), estipula que para la aplicación de la transformación de la matriz productiva, el Estado incentivará la inversión productiva, fomentando:

“La generación de un ecosistema de innovación, emprendimiento y asociatividad mediante la articulación y coordinación de las iniciativas públicas, privadas y populares y solidarias de innovación y transferencia tecnológicas productivas, y la vinculación de investigación a la actividad productiva”. (2010)

En cuanto a la presentación de una iniciativa privada, se determina que toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de naturaleza privada, tendrá el derecho de presentar y proponer un proyecto de este tipo, asumiendo los costos y responsabilidad por los justificativos técnicos, económicos y empresariales sobre los cuáles el Directorio de la empresa pública, previa su aprobación, resolverá si la iniciativa privada es de interés público y por ende, conveniente para los intereses institucionales; caso contrario, el Directorio podrá devolver la iniciativa a su creador.

Como lo mencionamos anteriormente, la presentación de la iniciativa privada no genera ningún derecho para su proponente, ni obligación alguna para la empresa pública, salvo los casos en que, luego de resolver que la iniciativa no es de interés público, la empresa pública respectiva, proceda a hacer uso de la información, estudios, datos y demás temas consignados en la propuesta del proyecto en cuestión.

En este mismo sentido, la práctica internacional nos muestra que los proponentes de las iniciativas privadas, gozan de dos prerrogativas durante la realización del concurso público, que consisten en la entrega de puntos adicionales durante la etapa de calificación ponderada y el pago de los costos en los que hubiese incurrido para la presentación de la iniciativa. Esta última prerrogativa, solamente surtirá efectos, si luego de la calificación, se selecciona

a otro concursante distinto a éste. Para tal efecto, el socio privado seleccionado en el concurso público, pagará al proponente los costos antes enunciados.

Para ejemplificar y esclarecer los antes mencionado, analizaremos el caso de las asociaciones público privadas que celebren las empresas públicas metropolitanas de Quito, de conformidad con la Ordenanza Metropolitana No. 0406 (Consejo Metropolitano de Quito, 2013). La citada disposición legal, reglamenta la capacidad asociativa de las empresas públicas metropolitanas.

En lo relativo a la iniciativa privada, el artículo 23 en concordancia con lo previsto en el artículo 30 de la Ordenanza antes enunciada (2013), reconocen expresamente la iniciativa privada dentro de los procesos asociativos de las empresas públicas que pertenece al Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, con las justificaciones técnica y empresarial. Se excluye la presentación del informe legal, puesto que a su criterio, procederán a justificar el modelo de gestión asociativo.

Es importante señalar que la citada Ordenanza excluye el informe legal o jurídico, con el objeto de que sea el Directorio el encargado de resolver, sin ningún presupuesto, la modalidad asociativa que más convenga a los intereses de la empresa pública y del Estado.

3.3.2. Del capital y de la participación accionaria

Como se ha visto al estudiar a las alianzas estratégicas, si adoptamos una posición económica, encontramos a esta modalidad asociativa como un interesante instrumento jurídico que permite la captación de recursos privados para el desarrollo de proyectos de interés público. Inclusive, en muchos casos, permite que un Estado con limitados recursos económicos, pueda cumplir las tareas a él encomendadas, de forma eficiente, sin perjudicar el interés público.

Así la Constitución de la República del Ecuador, dispone:

“Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.” (2008)

Sin embargo, mediante disposición constitucional se limita la potestad de delegación que tiene el Estado y que es importante analizar para poder identificar claramente los recursos de competencia exclusiva del Estado y las condiciones bajo las cuales, procedería suscribirse una alianza estratégica público privada en estas materias. De lo dicho se desprenden varios puntos relevantes para la presente investigación, que son:

La gestión de los sectores estratégicos y de los servicios públicos es de competencia del Estado, más no de una empresa pública. Sobre esta premisa, ha de entenderse que la gestión de una empresa pública, dentro de estos sectores, está subordinada a la autorización que el Estado le otorgue a ésta. En cuanto a la delegación de los sectores en cuestión, establece que si podría autorizarse la delegación de la participación, siempre que el delegatario sea una empresa mixta, en la que el Estado tenga la mayoría de la participación accionaria.

Entonces se colige que, las alianzas estratégicas para la gestión de los sectores estratégicos y servicios públicos, procede en estricto derecho, solamente si la empresa pública y el socio de naturaleza pública o privada se asocian mediante la constitución de una empresa mixta. Este es el caso de la Compañía "REFINERÍA DEL PACIFICO ELOY ALFARO COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA", constituida por la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador y la empresa Petróleos de Venezuela PDVSA, para la construcción de un nuevo complejo refinador en el Pacífico ecuatoriano. La participación accionaria se

distribuyó de la siguiente manera: EP PETROECUADOR con 51% y PDVSA con 49%.

En segundo término, la delegación se sujetará al interés nacional y a las demás disposiciones legales especiales para cada uno de los sectores estratégicos y servicios públicos en concreto. Estas condiciones legales se relacionan con plazos y límites específicos a la actividad económica en la que se desarrolle el proyecto, por lo que, éstas deberán constar en las bases del concurso público, con el carácter de no negociables.

De lo expuesto, se concluye que para que una empresa pública pueda aportar a una asociación público privada, se aplicarán los criterios antes enunciados, siempre y cuando, el Estado autorice la aportación en cuestión, a una empresa mixta, que ha de constituirse para su gestión, operación y explotación.

3.3.3. Transferencia óptima del riesgo

Si realizamos una retrospectiva a la forma de distribución de los riesgos inherentes a las asociaciones público privadas, observamos que la tendencia predominante en la década de los años noventa dentro de América Latina, garantizaba que el riesgo se minimice para los socios privados. Desde esta ideología, los riesgos en su mayoría eran asumidos por el Estado, es decir, por el socio estratégico de naturaleza pública.

Lo que nos preocupa de la tendencia garantista del riesgo, son las condiciones en las que la Administración, con la finalidad de captar mayores inversiones extranjeras, otorgaron a los socios privados. Estos aspectos contractuales se centraron en asegurar un rendimiento económico sobre las inversiones a favor del socio estratégico privado, que se efectivizaría sin ninguna condición aleatoria. Por tanto, el único riesgo del socio privado consistía en dejar de percibir una rentabilidad aún mayor a la mínima.

Con la nueva visión del Estado ecuatoriano, esta situación cambió rotundamente. La tendencia que predomina hoy en día, busca un rebalanceo del riesgo asumido por las partes, que se ajusta a un orden metodológico que precisamos a continuación: identificación, valoración, asignación de riesgos y aceptación.

En esta lógica, la tendencia de actualidad busca asegurar que los riesgos que se transfieren, efectivamente lo puedan resolver las partes, asegurando una ejecución que se enfoca a la eficiencia y eficacia.

Ciertamente, es en la etapa de Prefactibilidad donde se deben identificar y valorar los riesgos. La gama de riesgos no puede ser limitada, ni mucho menos supeditada a los planteamientos del sector privado. Al respecto, es importante señalar que los riesgos geológicos y ambientales, requieren de mayor atención en la distribución equilibrada y responsable por los asociados. Vinculado a lo anterior, nótese que la responsabilidad ambiental está concebida como un principio constitucional, de estricto cumplimiento para la asociación que ha de constituirse para tal efecto. (2008).

Entre las pocas legislaciones de América Latina, que se ocuparon de la incorporación de los riesgos en la contratación pública, hállese Colombia.

Según lo afirma, Alexandra Jaramillo (2012), el concepto de Riesgos Previsibles en la Contratación Pública, se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano, mediante Decreto No. 2474. Los parámetros a ser considerados por las entidades al momento de la elaboración de su matriz de riesgos y sobre todo, durante la valoración de los mismos, deben ser precisos e incluir aquellas circunstancias o eventos además de los normales, que son susceptibles de previsión hasta el límite de cuantificación que para tal fin se indica en la respectiva matriz de riesgos (Jaramillo A. , 2012).

La transferencia óptima del riesgo que tiene lugar dentro la etapa de prefactibilidad, se pondrá a consideración de los proponentes en la etapa

precontractual, en particular en la fase de reconstrucción del Proyecto. Ha de entenderse que la presentación de la oferta presume la aceptación de la distribución de los riesgos, caso contrario, si la oferta limita, condiciones o reforma esta distribución, entonces ésta será deshabilitada.

A nuestro criterio, el proceso de identificación, valoración y transferencia de riesgos debe aplicarse en forma singular a cada proyecto de alianza estratégica, tomando en cuenta su naturaleza propia y demás factores externos relacionados con el tiempo, geografía, entre otros.

Por consiguiente, considerando las implicaciones positivas y negativas que se generan de un acto u omisión de naturaleza aleatoria, creemos que la aprobación de una metodología con parámetros objetivos, que permitan ajustar varias situaciones en distintos escenarios constituiría un avance cualitativo para perfeccionar un alianza estratégica público privada.

3.3.4. Estructuración del Proyecto

El eje principal de las alianzas estratégicas es el desarrollo de una estructura u organización funcional que se ajuste tanto al proyecto como a la demanda del mercado, de tal modo que se encuentre un punto de equilibrio entre ambas partes. Es importante señalar que en esta modalidad de asociaciones, los contratos se presumen de buena fe.

Esta estructura del proyecto se debe elaborar, tal y como lo dispone el tercer inciso del artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009):

“En general los acuerdos asociativos e inversiones previstas en el inciso anterior deberán ser aprobados mediante Resolución del Directorio en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales presentados mediante informe motivado y no requerirán de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio para perfeccionar la asociación o inversiones, respectivamente.” (2009).

Del análisis de la citada disposición legal, consideramos que la estructuración del proyecto está directamente ligada a tres conceptos: técnicos, económico y empresarial.

El concepto técnico comprende el diseño y elaboración de las especificaciones técnicas mínimas del proyecto. En lo económico, debe entenderse que su objeto es delinear todo lo relativo al financiamiento del proyecto, que además implica los desafíos vinculados con el cambio de moneda, la rentabilidad esperada, plazo de amortización de la inversión, garantías contractuales, índices financieros, rentabilidad, plan económico de contingencia, entre otros más.

En relación a la incorporación de un criterio empresarial, consideramos que este requisito denota la importancia para determinar la misión, visión, políticas y demás estratégicas empresariales, inherentes a la gestión de la asociación que se pretende constituir, con el fin establecer en mejor medida, el alcance del objetivo a desarrollar con el proyecto.

Consideramos que, el legislador no ha incluido el criterio legal del proyecto en esta etapa puesto que la resolución para escoger la modalidad más conveniente, corresponde al Directorio de la empresa pública.

El éxito de la estructuración del proyecto no solo está en conducir el dinero hacia los proyectos, sino en la planificación del mismo, que asegura una correcta ejecución. Es importantísimo tener siempre que contratar es una cosa, pero ejecutarla es otra muy distinta.

En virtud de las consideraciones y demás argumento expuestos, se concluye que la colaboración público privada, aparejada de una adecuada estructura del Proyecto, es un atractivo mecanismo jurídico que debe ser analizado más a profundidad en el Ecuador.

3.3.5. De la rentabilidad del Proyecto.

El rol del Estado empresario enfocado a la ejecución de proyectos de inversión, son el umbral para el establecimiento de nuevas relaciones con el sector privado.

En general, la lógica en la que se desarrollan los proyectos de asociación público privada dentro de América Latina y el Caribe, toman como eje principal el incremento de la capacidad de generar ingresos y hacer más atractivo las condiciones contractuales para los posibles inversores. Es así, que la distribución del riesgo dentro de una alianza estratégica público privada se torna uno de los puntos más cruciales para ambas partes, debido a sus implicaciones en los aspectos económicos.

Vinculado a lo anterior, queda expresamente señalado que las alianzas estratégicas tienen por objeto la consecución de proyectos con rentabilidad económica, puesto que las partes han de recuperar sus inversiones, con las ganancias que se generen durante la fase de operación y administración del proyecto.

Quedando así, por excepción, aquellos proyectos que no tengan una rentabilidad económica propiamente como tal, sino que a su vez, son prioritarios para el Estado, en orden a su carácter estratégico. Por ejemplo, en el caso de un proyecto vinculado a la provisión de agua potable, en donde no puede existir una rentabilidad per sé, sobre todo por la parte del ingreso o la del subsidio que pudiera existir dentro de las cuotas de recuperación, el Estado estaría obligado a participar en los costos del proyecto, incluyendo un pago a su socio privado.

Nótese que en ninguno de los casos anteriores, se observa que el socio estratégico privado no realice un aporte. Las aportaciones son un elemento esencial de las contrataciones de alianzas estratégicas.

Previo a finalizar, se precisa que las alianzas estratégicas público privadas, por regla general, han de generar una rentabilidad económica que permita su autofinanciamiento.

3.4. Asociación Público-Privada. ¿Cuándo y por qué asociarse?

Para Miguel Marienhoff (2000, pp. 498-501), la participación del Estado en las asociaciones público privadas, se explica y justifica plenamente en razones de distinto orden, pero una de estas razones debe ser, siempre, la de asegurar el interés público, más aún, en actividades que siendo convenientes para los intereses generales del país, representan un aparente riesgo económico.

Desde esta noción, se entiende que el auto que le motiva al Estado para asociarse, con una persona del sector privado, se centra en la fuente de financiamiento del proyecto. No compartimos la idea de que las empresas públicas solamente deban asociarse por una motivación de carácter económico.

Para Vianna Maino, la experiencia ha demostrado que los factores que inciden al momento de determinar la conveniencia o no, de celebrar una asociación del Estado con el sector privado, son las siguientes:

“El objetivo esencial que se persigue a través de la implementación de estos mecanismos no es de orden fiscal, sino que consiste en incrementar la eficiencia, eficacia y calidad de los servicios, así como la reducción de sus tarifas en resguardo del usuario y consumidor, de quienes es responsable el Estado.” (2011, p. 12)

En contraposición ideológica, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), dispone lo siguiente:

“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.” (2008).

Desde un punto de vista más apegado al texto constitucional, consideramos que toda asociación público privada, tendrá que obligatoriamente sujetarse a la prevalencia del interés público frente al privado. Esta relación de subordinación del interés privado al público, no significa que la estructuración del proyecto tenga condiciones exorbitantes a favor del Estado, sino más bien que el sentido de las decisiones que tome la Administración debe ser coherente con una ideología de Estado socialista de derechos y justicia.

Coincidiendo con el criterio de Javier Robalino, se precisa que una alianza estratégica no es ni una privatización exclusivamente ni tampoco una concesión (2010, p. 102).

Cuadra decir, asimismo, que a las partes, indistintamente de su naturaleza pública o privada, les convendría asociarse para cumplir con un objetivo, que de forma individual, no podrían conseguir. Es decir, las partes se asocian cuando necesitan complementarse entre sí, para desarrollar un proyecto que les permita cumplir el objetivo en común.

Si a leves rasgos realizamos un análisis de esta relación de colaboración, se identifica que la asociación se fundamenta necesariamente en los aportes que realicen los socios.

3.4.1. Aportes de los asociados

El esquema de alianzas estratégicas involucra aportaciones de recursos tangibles e intangibles por parte de los asociados. Estos aportes deberán ser susceptibles de una valoración económica. Inclusive, se deberá valorar las autorizaciones que el Estado puede entregar a una empresa mixta para la gestión de los sectores estratégicos y de los servicios públicos.

Para fines exclusivos de la presente investigación, más allá de las características esenciales y legales de cada aporte, deberá entenderse que éstos se clasifican, en públicos y privados. Esta distinción, nos permitirá conservar una armonía con la dinámica del derecho público y privado.

Una vez efectuadas estas consideraciones, se precisa que los aportes públicos estarán subordinados por una disposición de carácter legal que permita su transferencia, mientras que los aportes privados, observarán la capacidad jurídica de aportación del socio y la licitud de los mismo.

Para, Javier Robalino:

“Los aportes que las partes realizan a la asociación pueden ser variados. Por ejemplo por vía de capitalización, emisión de valores, titularización, “knowhow”, “goodwill”, y otras formas de intangibles, en cuyo caso el esfuerzo de valoración de las mismas es indispensable para alcanzar un equilibrio financiero en la ecuación contractual” (2010, p. 102)

Por lo expuesto, se concluye que los aportes públicos o privados que puedan realizar las partes interesadas en asociarse estarán directamente relacionados con su objetivo en común. No obstante, se observa que entre éstos, destacan aquellos aportes intangibles que involucran la transferencia del conocimiento técnico, intelectual, empresarial, entre otros.

3.5. Diferencias entre Alianzas Estratégicas y el Sistema Nacional de Contratación Pública.

Comprendemos, desde luego, que la contratación pública en sentido amplio, puede confundirse con los mecanismos asociativos que se desarrollan a través de las alianzas estratégicas público privadas. Esta confusión, puede fundarse si nos centramos en el objeto de un contrato. Para tal efecto, consideramos oportuno partir de un ejemplo real para determinar el fundamento lógico que sustenta su confusión, así como las distinciones propias que encontramos entre la una y la otra.

Es así, por ejemplo, que la Empresa Pública Cementera del Ecuador requiere la construcción de una planta de producción de Clinker, con una capacidad de dos mil toneladas por día. (2013, pp. 1-5)

En este ejemplo, la Empresa Pública Cementera del Ecuador, bien podría aplicar el procedimiento de licitación de obra que se rige en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, o, desde otra concepción más empresarial, optar por constituir una alianza estratégica público privada, para lo cual, requerirá en forma previa, convocar a un concurso público para seleccionar al socio estratégico privado.

De acuerdo con el procedimiento de régimen común contractual, la entidad contratante debería contar con los siguientes requisitos legales: Estudios y diseños definitivos de la obra, certificación presupuestaria que acredite la suficiencia de fondos públicos, que la contratación conste en el Plan Anual de Contrataciones Institucional del correspondiente ejercicio fiscal, desagregación tecnológica por cada rubro de obra y la Resolución de inicio de proceso suscrita por la máxima autoridad de la Empresa Pública Cementera del Ecuador. Al momento de la firma del contrato, se crea una relación en que las partes comparecen en calidad de Entidad Contratante y Contratista.

Por otro lado, si aplicamos el procedimiento propuesto en la presente investigación, tendríamos que aplicar la metodología del comparador público privado para definir la rentabilidad del proyecto, valorando los riesgos que asumen las partes y determinando el costo del valor por dinero.

Si durante la etapa de prefactibilidad se determinare que la alianza estratégica público privado es conveniente para la empresa pública, se iniciaran con la convocatoria del concurso público, observando las siguientes características de esta modalidad asociativa:

- a. Los estudios y diseños pueden provenir de una iniciativa pública o privada. En el segundo caso, implica un ahorro del Estado en los diseños iniciales del Proyecto.
- b. Las especificaciones técnicas de los proyectos, pueden ser construidas y mejoradas, previa aprobación de la Entidad Contratante, durante la fase de reconstrucción del Proyecto.

- c. El Estado no tendrá la obligación de realizar un aporte que le implique un gasto o endeudamiento público, sino que la combinación perfecta de los recursos que deben aportar las partes, se sujetará inicialmente a los resultados del comparador público privado.
- d. El procedimiento y requisitos tanto para el concurso público como para la ejecución del contrato, son aprobados por el Directorio de la empresa pública.
- e. Las partes asumen los riesgos de forma equivalente y en tanto, puedan asumir tales riesgos.
- f. Los asociados recuperaran sus inversiones de las ganancias que se produzcan, una vez que la planta de cinquera esté operando y generando una rentabilidad.
- g. En cuanto al vínculo jurídico que une a la partes, se debe mencionar que éstas adoptan la calidad de socios.
- h. Las partes se han de regir por las estipulaciones contractuales, y, en forma supletoria, solamente cuando no se haya expresado nada, se aplicará la normativa de contratación pública.

En virtud de las consideraciones antes expuestas, se concluye que, las modalidades contractual y asociativa en cuestión, no solamente se diferencian en el procedimiento precontractual que les corresponde aplicar, sino que a su vez, se diferencian por el régimen jurídico aplicable, el mecanismo de financiamiento, el vínculo jurídico que se crea entre las partes, la forma de pago o de recuperación de la inversión, la iniciativa de los proyectos, los costos de consultoría para el desarrollo del proyecto, los riesgos que las partes asumen, entre otros.

CAPITULO IV

CONCURSO PÚBLICO

4.1. Definición

Para Miguel Marienhoff, la noción conceptual de Concurso Público, se define de la siguiente manera:

“Concurso Público es la oposición que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre dos o más personas”. (1998, p. 300)

Con esta pauta podremos extraer la primera precisión que el lector debe comprender cuando nos refiramos al concurso público. De acuerdo a lo enunciado, se trata un procedimiento de selección, cuya esencia no radica en los aspectos materiales o económicos como en la licitación, sino más bien, en los diversos aspectos personales de los oferentes.

Tal es el concepto de concurso público (Marienhoff, 1998, pp. 302-303), que la selección del cocontratante de la Administración, es decir, del socio estratégico privado, se realizará al oferente, cuyas cualidades sean más meritorias.

A nuestro criterio, esta noción de concurso público si bien extrae la esencia de un concurso público, no se ocupa de la coparticipación que existe entre los oferentes, ni brinda una mayor visión para distinguirlo de un procedimiento de licitación público. Siendo así, resulta claro citar a Dromi:

“Concurso Público.- Es un medio de selección de la persona más idónea para ejecutar una prestación pública. Es un procedimiento de selección del cocontratante por oposición y en razón de la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre los presentantes o intervinientes. (...). El llamamiento a concurso, tal como ocurre con el llamado a licitación, no

es una oferta de contrato por parte del Estado, sino un pedido de ofertas".
(2001, p. 18)

A nuestro criterio esta definición es mucho más precisa. Conviene señalar que es imprescindible distinguir al concurso público de la licitación pública. En estricto sentido, el Concurso Público para la selección de un socio estratégico privado, acentúa la interacción entre la empresa pública y las personas naturales, jurídicas, o asociaciones de estas, consorcios o compromisos de asociación, que sean nacionales o extranjeros, de naturaleza jurídica privada. Esta interacción se orienta al desarrollo de un proyecto, que a través de etapas de entendimiento y dialogo, pueda definirse las bases definitivas del concurso, con las cuáles han de participar todos los concursantes interesados.

Ante todo, un concurso público debe ser transparente y adoptar los principios de concurrencia, participación, oportunidad e igualdad entre oferentes. En tal contexto, es oportuno identificar que no siempre una alianza estratégica surge como una necesidad visible y notoria como es el caso de las contrataciones del Estado, sino que a su vez, su iniciativa puede venir del sector privado, tal y como lo hemos señalado anteriormente.

4.2. La experiencia ecuatoriana en concursos públicos para la selección del socio o aliado estratégico privado

Las alianzas estratégicas público privadas son una interesante modalidad de asociación, que ha ido tomando fuerza dentro de algunas empresas públicas, se aplica como un mecanismo de asociación de recursos públicos y privados, para la definición y ejecución de un Proyecto en común.

Esta modalidad de asociación pública es nueva, con una regulación poco explotada y clarificada, es por esto que la metodología que utilizaremos para determinar la experiencia ecuatoriana en concursos públicos para la selección del socio estratégico privado, lo realizaremos a partir del estudio de dos casos,

correspondientes a la Empresa Pública Cementera del Ecuador (EPCE) y la Empresa Pública de Revisión Técnica Vehicular (RETEVE EP).

4.2.1. EPCE: Concurso Público Internacional para incorporar un Socio Estratégico en una empresa mixta productora de Cemento en el Ecuador

La EPCE es una empresa pública creada mediante Decreto Ejecutivo No. 207 de 07 de enero de 2010, cuyo interés, acorde con su objeto social, es la búsqueda y selección de un socio estratégico cementero, para la construcción e implementación de una nueva línea de producción de Clinker.

El objeto de esta alianza estratégica es la construcción e implementación de una nueva línea de Clinker, que permita aumentar la producción de cemento de la EPCE y su participación en este mercado.

En virtud de esta alianza estratégica, el socio privado debe realizar un aporte de recursos de capital en las compañías Cemento Chimborazo (CCH) e Industrias Guapán (IG), cuyo accionista mayoritario es la EPCE, mismos que serán destinados para la construcción e implementación de una nueva línea de Clinker.

Como compensación al aporte económico efectuado por el socio estratégico cementero, éste participará como accionista en la fusión de las compañías Cemento Chimborazo (CCH) e Industrias Guapán (IG), en la misma proporción de su aporte. En este sentido, se destaca la diferencia que tiene el concurso público de una alianza estratégica con respecto de los procedimientos de contratación pública, se determina que el aporte económico entregado por el socio estratégico, en calidad de inversión, debe ser entre ciento cincuenta (150) y doscientos veinte (220) millones de dólares de los Estados Unidos de América.

El procedimiento del concurso público ha sido establecido por la EPCE, mediante la expedición de un Reglamento de Negociación Competitiva,

aprobado por el Directorio de la empresa pública, en sesión de 16 de septiembre de 2013.

Se observa que el proceso cumple con el principio de publicada que garantiza la oportunidad y concurrencia de los oferentes interesado. Su publicación se efectuó desde el 02 de octubre de 2014, en diversos medios de comunicación nacionales e internacionales, que detallamos a continuación:

- a. El 02 de octubre de 2014, en el Diario el Comercio (p. 21).
- b. El 02 de octubre de 2014, en el Telégrafo (p. 20).
- c. El 02 de octubre de 2014, en el Diario Miami Herald, Sección Internacional (p. 10-A).
- d. El 04 de octubre de 2014, en el Diario Wall Street Journal (p. 10-A).
- e. El 09 de octubre de 2014, en la página web institucional de la EPCE (<http://www.epce.gob.ec/>)
- f. El 15 de octubre de 2014, en la Revista de la Federación Interamericana del Cemento. (<http://www.ficem.org/>)

En este procedimiento, la EPCE definirá previamente el perfil de los posibles socios y seleccionará al primer proponente, para negociar los términos de un memorando de entendimiento que desarrolla una propuesta técnica y económica, acorde con los intereses de ambas partes, los cuales, podrán ser mejorados por parte de terceros calificados. Más adelante, el primer oferente tendrá el derecho de presentar su oferta final, que permita igualar o mejorar las ofertas presentados por los terceros interesados.

El primer proponente seleccionado por la EPCE es el Consorcio que se conformará por las compañías MASAVEU INDUSTRIA S.L. y CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS ECUADOR CPVE S.A., mientras que los terceros interesados que manifestaron su interés, son las siguientes compañías:

- a. UNION ANDINA DE CEMENTOS S.A.A.
- b. COMPROMISO DE CONSORCIO YURA S.A. – HERDOIZA CRESPO CONSTRUCCIONES S.A.

- c. CHINA TRIUMPH INTERNACIONAL ENGINEERING CO., LTD.
- d. CEMENTOS PACASMAYO S.A.A.

El concurso público se encuentra en la etapa de recepción de las propuestas de terceros interesados, toda vez que el primer proponente ha entregado su propuesta técnica y económica, obteniendo un puntaje total de 97/100 puntos.

A nuestro criterio, este procedimiento es diseñado para aprovechar el “knowhow” del primer proponente, en la elaboración de un proyecto requerido por la empresa pública, cuyas condiciones generales y específicas son determinantes para la consecución de los objetivos y metas en común.

La apertura de la convocatoria para terceros interesados, es indudablemente un mecanismo de negociación que tiene la empresa pública, para obligar mejorar las propuestas técnica y económica del primer proponente, o, en su lugar, optar por contratar a la mejor oferta de aquellas que superen la presentada por el primer proponente. Nos interesa señalar que, en este segundo escenario, el oferente adjudicado está obligado a cancelar al primer proponente, los costos en los que éste hubiese incurrido, durante el diseño del proyecto que consta en el memorando de entendimiento.

En cuanto al Reglamento de Negociación Competitiva expedido por la EPCE, para regular el Concurso Público Internacional de selección del socio estratégico privado antes enunciado, nos permitimos calificarlo, como un valioso Instrumento Jurídico que, a través de la unión de la teoría a la práctica, permite que el lector tenga una mejor comprensión sobre la aplicación de la normativa que regula a la capacidad asociativa de las empresas públicas en el Ecuador.

4.2.2. RETEVE EP: Concurso Público No. CP-RETEVE-EP-001-2014

La Empresa Pública de Revisión Técnica Vehicular (RETEVE EP), es una empresa pública creada mediante Decreto Ejecutivo No. 152 de 20 de noviembre de 2013, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial

No. 147 de 19 de diciembre de 2013, con la potestad de administrar, prestar y operar los servicios del Sistema de Revisión Técnica Vehicular en Ecuador, estando dentro de sus facultades el construir, equiparar y gestionar Centros de Revisión Vehicular; medir las emisiones contaminantes provenientes de vehículos automotores y suscribir convenios, acuerdos, centros y otros instrumentos que fueren necesarios, adaptado de la Resolución No. 002-GG-RETEVE-EP-2014 (2014).

Al amparo de lo dispuesto en los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009), con el objeto de cumplir con las metas u objetivos empresariales, en sesión del Director, efectuada el 07 de mayo de 2014, se aprobó el Reglamento para la selección de Aliados Estratégicos para de la Empresa Pública de Revisión Técnica Vehicular, RETEVE EP.

El proceso de concurso público No. CP-RETEVE-EP-001-2014 de la empresa RETEVE EP, tiene por objeto la “SELECCIÓN DEL ALIADO ESTRATÉGICO QUE CONSTRUYA, EQUIPE Y OPERE LOS CENTROS DE REVISIÓN TÉCNICA VEHICULAR DEL ECUADOR”, sobre la base de los justificativos técnicos, económicos y empresariales respectivos.

El aliado estratégico deberá aportar todos los recursos técnicos y económicos necesarios que costeen la totalidad de la inversión del proyecto, sin que se incumplan con las especificaciones técnicas y requisitos mínimos del pliego. En compensación con esta inversión, el Aliado Estratégico participará de las utilidades que genere el servicio de revisión técnica vehicular, en un porcentaje máximo del ochenta y cinco por ciento (85%), mientras que la diferencia, corresponderá a RETEVE EP. Esta asociación estará vigente por un plazo de quince años con siete meses, de acuerdo a los cronogramas y etapas para la ejecución de esta actividad con efectos económicos y jurídicos.

En este caso, el procedimiento de selección del socio estratégico es diferente que en el caso antes estudiado, puesto que, en lugar de partir por la selección de un primer proponente se realiza una convocatoria abierta, que se dirige a

todas las empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, asociaciones de éstas o consorcios, compromisos de asociación o consorcios, legalmente capaces para contratar, que tengan interés en participar en este procedimiento de concurso público y que cumplan con los requisitos previstos en el pliego.

Nótese que, este procedimiento de concurso público para la selección del socio estratégico, no constituye la elaboración conjunta de la propuesta técnica y económica, tal y como se busca en una alianza estratégica, sino que más bien, los oferentes tienen la obligación de que sus ofertas cumplan con todos y cada uno de los requisitos del pliego y del contrato anexo. Por consiguiente, aquellas ofertas que condicionen, modifiquen o alteren los términos de referencia de los servicios a prestar, serán rechazadas.

Además, el pliego establece que la presentación de las ofertas, indistintamente del resultado que tengan en el proceso de selección, será a cuenta y riesgo de los oferentes. Esta es, otra diferencia más, al caso antes estudiado.

Dentro de este procedimiento de concurso público, solamente se recibió una sola oferta, correspondiente a la compañía APPLUS ITEUVE TECHNOLOGY SLU, cuya inversión propuesta es de USD 20'000.000,00 (VEINTE MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA). Como parte integrante de la oferta, el proveedor presentó una garantía de seriedad de la oferta por un monto del uno por ciento (1%) del valor ofertado.

Luego del procedimiento de evaluación y calificación de la única oferta presentada, cuya metodología ha sido adaptado de los modelos de pliegos de contratación pública, la compañía RETEVE EP adjudicó como ganador del concurso de selección del proveedor a la compañía APPLUS ITEUVE TECHNOLOGY SLU, según se desprende de la Resolución No. 002-GG-RETEVE-EP de 25 de junio de 2014.

El procedimiento de este concurso público, denota la estrecha relación que existe entre la modalidad asociativa y la contratación pública.

A nuestro criterio, la determinación de las especificaciones técnicas o términos de referencia del proyecto, por parte de la empresa pública interesada, en correlación con la expresa prohibición de modificar o condicionar al pliego, modifican la esencia del concurso público que es un llamado para ofertas, más no, un llamado de aceptación.

Téngase en cuenta que, la relación de negociación público privado que tiene lugar en el memorando de entendimiento del primer caso, en oposición al segundo, constituye un esfuerzo por mejorar el proyecto e incentivar el interés de otros proveedores para que participen en estos procedimientos.

4.3. Las bases del concurso público y su relación con el pliego de condiciones de los procedimientos del régimen común contractual

Un concurso público ha de seguirse en orden a una bases que han sido preestablecidas por la empresa pública interesada en asociarse, no obstante éstas son susceptibles de cambios o modificaciones, por ambas partes a través de rondas de preguntas, aclaraciones y propuestas de cambios, que tendrán lugar en la fase de reconstrucción del Proyecto.

Con relación del contenido de las bases del concurso público, coincidimos con la mayoría de los requisitos que constan en el artículo 45 de la Ley de Asociaciones Público Privada emitida por el Congreso General de los Estados Unidos de América, conforme se determina a continuación:

“Las bases del concurso público contendrán, por lo menos los siguientes elementos: I. Los necesarios para que los participantes estén en posibilidades de elaborar sus propuestas, que comprende, por lo menos: a. Las características y especificaciones técnicas, así como los niveles mínimos de desempeño de los servicios a prestar; y, en su caso, las características y especificaciones técnicas para la construcción y ejecución de las obras de infraestructura. (...)”. (pp.14-15; 2012)

En sentido amplio, las bases del concurso público han de establecer las condiciones bajo las cuales se ha de perfeccionar el instrumento jurídico pertinente, de ahí, su semejanza con los pliegos del régimen común contractual.

Empero de ello, si profundizamos un poco más en su contenido, vamos a encontrar un panorama totalmente distinto. Para validar la citada afirmación, nos ocupa realizar las siguientes precisiones:

- El pliego no es susceptible de modificaciones al fondo del objeto contractual, mientras que las bases del concurso público para el caso específico de la modalidad de alianza estratégica, son perfectamente modificables en forma y fondo, siempre que el interés nacional que pertenece al proyecto no sea afectado.
- La forma de pago es totalmente distinta, tanto en la disponibilidad presupuestaria como en la certeza de una rentabilidad.
- Directamente vinculado a lo anterior, se desprende la atribución de un riesgo para el desarrollo de una actividad económica en forma conjunta.
- El pliego de contratación pública está perfectamente reglado, mientras que para el caso de las alianzas estratégicas, no ocurre lo mismo.

De este modo, podemos seguir enumerando cada una de las diferencias inherentes a las dos modalidades jurídicas. Sin embargo lo que nos interesa señalar es que de acuerdo con la naturaleza jurídica de las figuras jurídicas que han de reglar, no es procedente comparar un pliego de contratación pública con un concurso público de selección de socio estratégico privado.

Hasta aquí, hemos tratado de conceptualizar la noción de un concurso público, que obligatoriamente se deberá aplicar para la selección de un socio estratégico de naturaleza privada.

Por consiguiente, nos ocupa centrar nuestra atención hacia el procedimiento que se crea como aporte de la presente investigación.

4.4. Etapa de Prefactibilidad

El procedimiento de formación de una alianza estratégica celebrada por una empresa público y un socio de naturaleza pública o privada, nace con la presentación de una iniciativa, que desarrolla el cumplimiento de un objetivo a través de un Proyecto.

4.4.1. Iniciativa del Proyecto

Como lo mencionamos anteriormente, la iniciativa puede provenir de la misma empresa pública o de otro ente u organismo del sector público, sin que haya ninguna limitación de capacidad al respecto. A su vez, esta iniciativa también puede nacer de una persona natural o jurídica del sector privado.

La iniciativa del Proyecto, independientemente de la naturaleza jurídica del sujeto que la propone, consideramos que debe tener al menos los siguientes requisitos:

- a. La iniciativa ha de ser dirigida ante la máxima autoridad de la empresa pública que tenga la competencia para el desarrollo de la actividad económica que surge del Proyecto.
- b. Definir el objetivo de la asociación que se propone.
- c. Descripción detallada del Proyecto que se propone para el cumplimiento del objeto de la asociación, en particular los siguientes:
 - i. Objeto y alcance del Proyecto, incluyendo las especificaciones técnicas y términos de referencia respectivos;
 - ii. Estudios de factibilidad técnica, económica y financiera del Proyecto;
 - iii. Plazo social, que contemple las diversas fases de desarrollo del Proyecto;
 - iv. Fuente de financiamiento;
 - v. Análisis de la distribución de riesgos;
 - vi. Análisis de las estimaciones de las aportaciones;

- vii. Análisis del porcentaje de participación accionaria del proponente; y,
- viii. Rentabilidad social y económica del Proyecto.

Es importante señalar que estos requisitos permitirán que la empresa pública pueda proceder con el respectivo análisis de conveniencia del Proyecto, previo a la aprobación del inicio de concurso público por parte del Directorio de la empresa antes enunciada.

En un sentido similar, el ordenamiento jurídico colombiano (Ley 1508 de 2012, 2012), establece que dentro de la etapa de Prefactibilidad, las iniciativas deberán comprender:

“Artículo 14. (...) el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto”. (Ley 1508 de 2012, 2012)

Es evidente que la información expuesta en la iniciativa, es el umbral para la constitución de una alianza estratégica público privada, por lo que, a nuestro criterio, ésta deberá ser entregada en original, con la respectiva declaración que certifique que la licitud de los documentos, así como la veracidad de los datos e información contenidos en ellos.

4.4.2. Análisis y Evaluación del Proyecto

Seguido a la recepción de la iniciativa, la máxima autoridad de la empresa pública procederá a verificar que el objeto y alcance del Proyecto sea lícito y de competencia de su representada.

Con el cumplimiento de esta determinación previa, la máxima autoridad de la empresa pública conformará una Comisión, integrada por al menos tres técnicos afines al Proyecto propuesto, así como, por los profesionales a cargo de las direcciones jurídicas y financieras de la empresa pública, que será la encargada de analizar y evaluar los aspectos técnicos, legales, económicos y financieros del Proyecto, que resuelvan si la iniciativa es de interés público.

La metodología de evaluación que ha de ser utilizada por la empresa pública dentro de esta etapa, deberá contemplar el análisis de los siguientes puntos:

4.4.3. Comparador Público Privado

Para el Coordinador Técnico del Programa para el Impulso de Asociaciones Público- Privadas en Estados Mexicanos (PIAPPEM), Daniel Vieitez (2010, p. 9), el comparador público privado es una guía metodológica para desarrollar el análisis costo y beneficio, que a fin de cuentas, determinará la conveniencia pública para optar entre un mecanismo de Asociación Público-Público o Público-Privada.

Tal metodología comparativa, ha sido adaptada por el ordenamiento jurídico colombiano, en el siguiente sentido:

“1.1 DEFINICIONES: (...) Comparador Público Privado (CPP): Metodología cuyo objetivo es comparar los costos para el sector público, ajustados por nivel de riesgos, de ejecutar un proyecto bajo la modalidad de Proyecto Público contra los costos para el sector público, ajustados por nivel de riesgos, de ejecutar este mismo proyecto bajo la modalidad APP. El proyecto seguirá la modalidad de ejecución que demuestre mayor valor por dinero (VPD)”. (Resolución 3656 de 20 de diciembre de 2012)

En tal virtud, se denota que el comparador público privado, como metodología para determinar la conveniencia de un proyecto mediante el mecanismo

Asociación Público Privada, es conceptualmente uniforme en los ordenamientos jurídicos de México y Colombia.

La comparación en cuestión presta mayor atención a los aspectos económicos y financieros del Proyecto. Entonces, su punto de partida sugiere la determinación y valoración de los riesgos del Proyecto, para así, establecer el costo base del Proyecto que será comparado con los importes que generan la rentabilidad del proyecto, adaptado de la Resolución 3656. (2012)

El resultado de este ejercicio, contendrá en detalle los costos de la inversión inicial, ejecución, operación, mantenimiento, entre otros que se asocian a los riesgos del proyecto. Por consiguiente, corresponde exclusivamente a la empresa pública definir si es más conveniente asociarse con un socio estratégico público o uno privado.

En el caso de que los resultados reflejen que es más conveniente para la empresa pública, asociarse con un socio estratégico de naturaleza pública, entonces, previo consentimiento, se deberá preparar los informes de factibilidades técnica, económica y financiera, que serán puestos a consideración del Directorio.

Por otro lado, si resulta más conveniente optar por un socio estratégico privado, corresponde a la empresa pública la realización de un estudio de mercado a nivel nacional e internacional. El objeto del citado estudio servirá para la elaboración los informes de factibilidades técnica, económica y financiera. Conviene señalar que el estudio de mercado, no implica la concertación de reuniones con proveedores del sector o actividad económica que se pretende explotar.

Una vez que la empresa pública cuente con los informes de factibilidad antes enunciados, considerando la prevalencia del interés público sobre el privado, corresponde a su máxima autoridad, emitir un informe que justifique la conveniencia pública y recomiende su aprobación al Directorio.

4.5. Etapa de Factibilidad

De conformidad con el segundo inciso del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, le corresponde al Directorio de la empresa pública, resolver sobre la conveniencia de constituir una asociación público privada, escoger el mecanismo asociativo y determinar tanto los requisitos como el procedimiento del concurso público que tenga por objeto, la selección del socio estratégico privado.

Esta atribución legal del Directorio es tan extensa, importante y crucial para el acometido de una empresa pública, que motiva la propuesta. Entonces, un procedimiento de tanta trascendencia, como la selección de un socio estratégico privado, debe ser limitado para que asegure el cumplimiento de los principios de legalidad, responsabilidad, transparencia, calidad y participación nacional.

Existe un consenso general en la legislación ecuatoriana en cuanto a la atribución que tiene el Directorio de una empresa pública, para definir no solamente las normas y principios que han de regir en adelante, tanto al concurso público como la asociación per sé, sino que también, les compete establecer los requisitos mínimos que deben cumplir los concursantes y los parámetros de ponderación para su calificación.

Por otro lado, si el Directorio resuelve la no conveniencia del proyecto, entonces se ordenará el archivo de todo lo actuado durante las etapas de Prefactibilidad y Factibilidad. De esto resulta una notificación al proponente de la iniciativa privada que extinguirá su derecho aleatorio de cobro por los costos de estudios en los que ha incurrido. En tal virtud, la presentación de iniciativas privadas se efectuará a cuenta y riesgo de los proponentes.

4.5.1. Bases del Concurso Público

Las bases del concurso público tienen por objeto reglar el procedimiento que ha de seguirse durante la fase precontractual, de ahí su equivalencia con el pliego

de condiciones del régimen común contractual. No obstante, conviene señalar que la gran diferencia que presenta el uno con el otro, radica en el marco normativo de los procedimientos comunes de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en contraposición con los concursos públicos de selección de socios estratégicos privados en el que no encontramos otra limitación, que la normativa constitucional y las disposiciones que sean establecidas por el Directorio de la empresa pública.

En cuanto a las bases del concurso público, Dromi señala:

“Las bases del llamado a concurso público son un conjunto de cláusulas obligatorias, impuestas unilateralmente por el Estado de conformidad con las pautas reglamentarias, que regulan el trámite del procedimiento y la elección o aceptación del candidato, cláusulas igualmente obligatorias tanto para el Estado que hace el concurso como para los concursantes que acuden al llamado”. (1991, p. 18)

Seguidamente analizaremos las cláusulas y demás disposiciones que a nuestro criterio, deberían incluirse en un concurso público de selección de un socio estratégico privado.

4.5.1.1. Especificaciones Técnicas

Las especificaciones técnicas deberán contener todas las investigaciones, ideas, conceptos, conocimiento fundamental (know-how), técnicas, procesos, diseños, detalles de diseño, dibujos, planos, apuntes, esquemas, modelos y/o diagramas de flujo, relacionados con el Proyecto.

En la práctica internacional se observa que las especificaciones técnicas se comparten solamente con los concursantes que han manifestado su interés de participar, previa suscripción de acuerdos de confidencialidad y de prohibición de uso de la información para fines ajenos al concurso público en mención. Para

tal efecto, se crea un cuarto de datos en una herramienta digital, cuyo acceso estará limitado a la entrega de una clave para cada concursante.

4.5.1.2. Garantías

Las garantías a las que se hacen referencia en este acápite coinciden parcialmente con los preceptos legales establecidos en los artículos 73, 74, 75 y 76 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), con las siguientes diferencias:

En cuanto a la garantía de fiel cumplimiento del contrato, ha de señalarse que las bases del concurso podrían incrementar o reducir, en orden a la distribución de riesgos, el monto asegurable.

Por otro lado, no cabe la garantía de buen uso del anticipo para los asociados, puesto que los aportes que éstos efectúen, inclusive los fondos públicos, se constituyen como un aporte a la asociación, por lo que ha de entenderse que los riesgos son compartidos por las partes. En tal sentido, la garantía de buen uso del anticipo podría ser aplicada para el caso de los contratos que la asociación pueda celebrar con terceros, y que se prevea la necesidad de entregar un anticipo.

En relación a la garantía técnica de los bienes, consideramos que esta debería extenderse para los servicios que han de prestarse en la fase de ejecución del contrato.

A nuestro criterio, es sumamente importante que se agregue una garantía de seriedad de la oferta, que tendrá por objeto la mantención de los términos contenidos en su oferta, hasta la suscripción del contrato.

Finalmente, podría establecerse en las bases del concurso que previo a la celebración del contrato, ambas partes se comprometen a presentar garantías de responsabilidad civil contractual y extracontractual frente a terceros.

4.5.1.3. Inhabilidades de los concursantes

Como lo hemos mencionado anteriormente, al Estado le corresponde minimizar los riesgos inherentes a una relación asociativa, en la que las partes combinan sus recursos para el cumplimiento de un objetivo en común. En este contexto, creemos que los requisitos previstos en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), relacionados con las inhabilidades generales y especiales de los oferentes dentro del régimen común contractual, deben ser tomados muy en consideración en este tipo de procedimientos de asociación.

No obstante, se debe señalar que no existe necesidad legal para que los concursantes estén inscritos en el Registro Único de Proveedores, por lo que las condiciones previstas en los numerales 5 y 6 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), no ha de incorporarse al concurso público.

De igual manera, ha de eliminarse la condición establecida en el numeral 5 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), puesto que, el proponente de la iniciativa privada, bien puede participar en la etapa precontractual del concurso público que no atañe.

4.5.1.4. Requisitos mínimos

De acuerdo con el principio constitucional de transparencia, en conexión con los principios legales de concurrencia, participación e igualdad, se determina que los requisitos mínimos que la empresa pública ha de solicitar para garantizar que los concursantes cumplan con el perfil adecuado para ser un socio estratégico, no deben direccionar los requisitos hacia un proveedor determinado.

Al respecto, Miguel Marienhoff (1998, pp. 207-208), considera que la violación del principio de igualdad que debe existir entre licitadores u oferentes, determina la nulidad absoluta del contrato que sobre tal base fuere celebrado.

En tal virtud, el direccionamiento antes enunciado, constituiría además de un acto de corrupción, la nulidad absoluta del contrato que se celebre para tal efecto.

4.5.1.5. Parámetros objetivos de calificación

Tal y como lo describiremos más adelante, el concurso público propuesto comprende dos fases de calificación. La primera se desarrolla con una metodología “checklist” en la que se analiza que los concursantes cumplan con los requisitos mínimos previstos en las bases del concurso. Si éstos cumplen con todos los requisitos, entonces se les habilitará para pasar a la siguiente etapa, que utilizará una metodología de ponderación. Es precisamente en esta etapa en la que se aplicarán los parámetros objetivos de ponderación para la calificación.

En este contexto, ligado al criterio de Marienhoff (1998, pp. 207-208), los parámetros de calificación ponderados deben ser objetivos. Ha de advertirse que los parámetros deberán estar debidamente encontrar un fundamento objetivo, siempre que se ajusten a una condición que haya surja del estudio de mercadeo nacional e internacional que se realizó dentro de la etapa de Prefactibilidad. La modificación, alteración o eliminación de uno u otro indicador ponderado, deberá tener un sustento documental y veraz.

4.6. Etapa Precontractual

La etapa precontractual presupone el cumplimiento estricto de las etapas de Prefactibilidad y Factibilidad. Por consiguiente su procedimiento se sujetará a las normas y procedimiento previsto por el Directorio de la empresa pública.

4.6.1. Convocatoria de interés

La convocatoria la realizará la empresa pública sobre la base de los estudios de mercado nacional e internacional que realizó en la etapa de Prefactibilidad, de

conformidad con el principio constitucional de participación nacional. Si los resultados de la misma demuestran que el socio estratégico privado puede ser nacional, entonces la convocatoria deberá circunscribirse a las personas naturales o jurídicas, asociaciones de éstas o consorcios o compromisos de asociación, que sean nacionales, es decir, ecuatorianas. Caso contrario, se la convocatoria se extenderá, a su vez, a los concursantes extranjeros. Se precisa que ninguna convocatoria podrá limitar la participación de un concursante nacional.

Previo a identificar los rasgos que identifican a la convocatoria de un concurso público de selección de socio estratégico privado, conviene precisar la distinción esencial con los procedimientos del régimen contractual común:

“El llamado a concurso, tal como ocurre en el llamado a licitación, nos es una oferta de contrato por parte del Estado, sino un pedido de ofertas”. (Dromi R. , 1991, p. 18)

La convocatoria que, como quedó expresado, constituye una pedido de manifestaciones de interés, para participar dentro de un procedimiento, cuyo objeto, alcance y demás condiciones podrán ser reconstruidas, respetándose para tal efecto, los principios de transparencia, participación, concurrencia, igualdad y publicidad, conforme lo demostraremos más adelante.

4.6.2. Manifestación de Interés

Según el artículo 8 del Reglamento de Negociación Competitiva para la selección de socios estratégicos de la Empresa Pública Cementera del Ecuador (2013, p. 5), que rige actualmente el Concurso Público Internacional para la vinculación de un socio estratégico a la Unión Cementera Nacional, se entiende por manifestaciones de interés a las comunicaciones que presenten empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, o asociaciones de éstas, a la Empresa Pública Cementera del Ecuador, con el objeto de desarrollar proyectos acordes con la naturaleza jurídica de la empresa pública antes mencionada.

A nuestro criterio la manifestación de interés a participar debe entenderse como una declaración voluntaria e interesada por parte de las personas naturales o jurídicas convocadas, para tener acceso al cuarto de datos y poder participar en la fase de reconstrucción del proyecto.

A nuestro criterio, la razón por la que consideramos que no se debe hacer un llamado para la presentación de ofertas, sino más bien, para manifestar su interés de participar, se debe a que el procedimiento propuesto, incluye una fase de reconstrucción del proyecto, con lo cual, se crea el sincretismo entre el sector público y el privado que se han venido mencionando durante la presente investigación.

4.6.3. Fase de reconstrucción del proyecto

De seguro la fase de reconstrucción del proyecto cautiva la atención de nuestros apreciados lectores. Como se mencionó anteriormente, esta fase deberá propender a una participación directa y eficaz entre el sector público y el privado. Es en esta fase en la que cristalizará el sincretismo entre el sector público y el privado, de una manera constructiva y transparente.

Esta fase consiste en rondas de preguntas, respuestas, aclaraciones y presentación de propuestas de modificaciones, entre la empresa pública y los concursantes. A nuestro criterio, esta fase debe tener lugar en una herramienta electrónica, a través de la cual, tanto la empresa pública como los concursantes se interrelacionen sin dar a conocer su identificación. Incluso, para los casos en que se requiera presentar una propuesta de modificación, se estará a la herramienta tecnológica, sin que sea necesario firmar ningún documento. Para tal efecto, con el objeto de brindarle aún más seriedad, en el acuerdo de confidencialidad que se firma para tener acceso al cuarto de datos, los concursantes se obligarán a no divulgar su denominación, ni el nombre comercial, durante la esta fase.

Con relación a las preguntas, aclaraciones y modificaciones propuestas, será la empresa pública la única competente para dar una contestación clara, expresa y precisa a cada una de ellas. Si resulta que se ha modificado algún componente del proyecto, que se relaciones con el objeto del proyecto, es decir, que no sea un requisito de forma, entonces se volverá a realizar otra ronda de preguntas, respuestas, aclaraciones y modificaciones; y, así, sucesivamente, hasta que no se realice más cambios al fondo del proyecto.

Sin perjuicio de lo antes señalado, se establece que esta fase tendrá un límite temporal que comprende un plazo de un mes, contado a partir de la primera manifestación de interés. En el caso de que no se reciba ninguna manifestación de interés dentro del citado plazo, corresponderá a la empresa pública, la cancelación del concurso público.

4.6.4. Convocatoria para ofertar

Es así, entonces que una vez que se finalice la fase de reconstrucción del proyecto, que tiene lugar durante las rondas de preguntas, respuestas, aclaraciones y/o modificaciones, la empresa pública dejará por sentado las bases del concurso definitivas, emitirá una nueva convocatoria y fijará el calendario definitivo del proceso.

Conviene señalar que el plazo para la entrega de ofertas no podrá ser menor a treinta (30) días, contados a partir de la fecha de la presente convocatoria.

En los casos en que no hubiese preguntas, aclaraciones o propuestas modificatorias por los proponentes, la empresa pública procederá a emitir la presente convocatoria, en los términos fijados en los párrafos que anteceden.

4.6.5. Entrega de Ofertas

De manera similar al procedimiento precontractual de concurso público de consultoría previsto en el artículo 39 del Reglamento General de la Ley Orgánica

del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009), las ofertas técnica, legal y económica deberán ser entregadas simultáneamente por los concursantes, en un sobre único, hasta el día y hora señalado en la convocatoria de ofertas.

En cuanto a los documentos que integran las ofertas se establece que éstos deben ser presentados en original o copias notariadas. Además, será responsabilidad de los concursantes, adjuntar una declaración juramentada sobre la veracidad, legalidad y responsabilidad de la información que contiene su oferta.

No está por demás reiterar que los concursantes deberán adjuntar una garantía de seriedad de la oferta, que será irrevocable, incondicional y de cobro inmediato, bastando para su ejecución solamente el pedido por parte de la máxima autoridad de la empresa pública beneficiaria. Por otro lado, el monto asegurado, así como, las condiciones generales y particulares, han de ser establecidos por la empresa pública en las bases del concurso público definitivas.

Al momento de la presentación de las ofertas, la empresa pública entregará un comprobante de recepción a cada concursante.

4.6.6. Apertura de sobres

Una hora más tarde de la fecha límite de presentación de las ofertas, tendrá lugar una audiencia pública para proceder con la apertura de los sobres que contienen las ofertas de los concursantes.

Durante esta audiencia la empresa pública procederá a insertar un sello institucional que será equivalente a una sumilla de recepción, así como, a foliar cada una de las hojas que integran las ofertas técnica, legal y económica de cada oferente. De todo lo actuado en esta sesión, se dejará constancia en un Acta que formará parte del Expediente del proceso de asociación.

4.6.7. Evaluación de ofertas

La evaluación de las ofertas técnica, legal y económica, se encaminará a proporcionar una información imparcial que permita determinar que éstas se sujetan a los formularios de oferta previstos en las bases del concurso público, para luego, pasar a una fase de verificación que utilizará la metodología de “checklist”, para evaluar el cumplimiento estricto de las especificaciones y requerimientos técnicos, legales y económicos mínimos, tanto para el desarrollo del Proyecto, como para los concursantes.

De todo lo actuado durante la fase de evaluación, se dejará constancia en un Acta que será publicada en la herramienta tecnológica o portal institucional, con el fin de dar transparencia y publicidad al concurso público.

4.6.8. Convalidación de errores

En caso de que durante la fase de evaluación, se detectaren errores susceptibles de convalidación, la empresa pública estará obligada a solicitar al concursante respectivo, que subsane este error de forma que tiene su oferta. Para efectos de la determinación convalidables o no convalidables, se estará a dispuesto en la Resolución INCOP No. RE-2013-0000083 de 27 de marzo de 2013 (Servicio Nacional de Contratación Pública, 2013). Por tanto, se modificará el cronograma del procedimiento de concurso público.

4.6.9. Fase de calificación ponderada

Una vez finalizada la fase de evaluación, será responsabilidad de la Comisión Técnica designada para tal efecto, habilitar o deshabilitar a los concursantes, cuyas ofertas presenten toda la documentación que acredita el cumplimiento estricto y puntual de los requisitos mínimos establecidos en las bases del concurso público.

Entonces, nos interesa precisar que solamente los proveedores habilitados, es decir aquellos que cumplan con la totalidad de los requisitos mínimos, serán calificados en la presente fase.

La presente fase comprende la calificación por puntaje de las capacidades técnicas y operativas de los concursantes, a través de la aplicación de varios parámetros objetivos que han de ser definidos por el Directorio, y por ende, constarán en las respectivas bases del concurso público.

Como lo hemos venido señalando, los parámetros de calificación deben guardar una estrecha relación con la ejecución del proyecto, entonces éstos han de entenderse como un indicador que permitirá cuantificar de forma objetiva las capacidades que tiene cada uno de los oferentes.

En cuanto al contenido de los parámetros de calificación, se debe aclarar que su esencia debe permitir la comparación ponderada de los oferentes, para así, seleccionar al que hubiese obtenido mayor puntaje. Claro está que los parámetros no deben restringir la competencia, ni limitar la libre concurrencia, ni incluir direccionamiento alguno en razón de marcas o procedencia.

El límite de puntos sobre el que se efectuará la calificación será de cien puntos. Además nos interesa precisar que, el concursante que obtenga el mayor puntaje será el que, sin la necesidad de cumplir con la totalidad del puntaje, tenga el puntaje más alto frente a los demás concursantes.

4.6.10. Adjudicación

Para el tratadista Dromi, la “selección del candidato, finalmente el contratante del Estado, es el equivalente de la adjudicación en el procedimiento licitatorio”. (1991, p. 18)

En sentido concordante con el citado autor, se debe entender que la adjudicación de un concurso público para la selección de un socio estratégico

privado conlleva el reconocimiento de un derecho a favor del concursante adjudicatario, más no una obligación.

Para Marienhoff (1998, pp. 243-244), la adjudicación es el acto de la Administración Pública en el que ésta, previo análisis y examen de las ofertas y su respectiva calificación, decide cuál es la oferta más conveniente y aprueba la suscripción del contrato con el concursantes respectivo.

Con relación al acto administrativo válido y motivado que le corresponde a la empresa pública, se debe tomar muy en consideración, que éste no siempre será emitido por su máxima autoridad, sino que en algunos casos, se puede reservar esta facultad al Directorio de la empresa pública.

4.7. Articulado Propuesto

De acuerdo con lo señalado en los objetivos específicos de la presente investigación, a continuación se propone un articulado para que sea implementado en el futuro Reglamento General a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, con el objeto de normar el procedimiento de selección de un socio estratégico de naturaleza privada para la constitución de una Alianza Estratégica Público-Privada.

4.7.1. Procedimiento.

El proceso de selección de socios privados para el perfeccionamiento de una alianza estratégica público privada considerada en el ámbito de la capacidad asociativa de las empresas públicas, se realizará conforme al siguiente procedimiento:

- a. El procedimiento de selección se dividirá en tres etapas: prefactibilidad, factibilidad y precontractual.
- b. La etapa de prefactibilidad comprenderá:
 - (i) Iniciativa del proyecto

- (ii) Análisis de competencia y factibilidad
 - (iii) Calificación del interés de la iniciativa: público o privado
 - (iv) Aplicación del comparador público privado
 - (v) Estudio del mercado nacional e internacional
 - (vi) Informes de factibilidad técnica, económica y financiera
 - (vii) Recomendación expresa de la máxima autoridad al Directorio de la empresa pública
- c. La etapa de factibilidad requerirá la aprobación del Directorio de la empresa pública, en los términos señalados en el presente Reglamento.
- d. La etapa precontractual debe seguir las siguientes fases:
- (i) Fase de conocimiento del proyecto
 - Convocatoria de interés
 - Manifestación de interés
 - (ii) Fase de reconstrucción del proyecto
 - Rondas de Preguntas, Respuestas, aclaraciones y propuestas modificatorias.
 - Cierre de las bases del concurso público
 - (iii) Fase de selección del concursante
 - Convocatoria para ofertar
 - Preguntas y aclaraciones
 - Respuestas y aclaraciones
 - Entrega de ofertas técnica, económica y legal
 - Apertura de Sobres
 - Convalidación de errores de forma
 - Fase de evaluación de ofertas (check-list)
 - Fase de calificación ponderada
 - (iv) Adjudicación

4.7.2. Excepciones al Concurso Público.

En los concursos públicos de esta sección, se exceptúan los procesos de selección de socios públicos.

4.7.3. Principios.

Para la aplicación de este Reglamento y de los contratos que celebren las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) a entidades del derecho público, o sus subsidiarias, mediante la modalidad de alianza estratégica público privada, se observarán los principios de legalidad, valor por dinero, eficacia, eficiencia, transparencia, publicidad, transferencia óptima de los riesgos, concurrencia, oportunidad, participación nacional y responsabilidad.

4.7.4. Principio de valor por dinero.

Establece que la prestación o ejecución del Proyecto, ha de realizarse bajo criterios de calidad relacionados con los costos. Se busca equilibrar el criterio de calidad y costo, para incrementar la rentabilidad social por el valor del dinero.

4.7.5. Información.

La información que se genere dentro de un concurso público será pública, con excepción de la información relativa al proyecto específico que provenga de la iniciativa privada. Para este último caso, el acceso a esta información se restringirá a los concursantes que manifiesten su interés en participar y que suscriban los acuerdos de confidencialidad y responsabilidad respectivos.

4.7.6. Iniciativa Privada.

Toda persona natural o jurídica podrá proponer a su cuenta y riesgo el desarrollo de un proyecto de interés público, orientado al cumplimiento de un objetivo en común para ambas partes.

4.7.7. Requisitos de la Iniciativa Privada.

Las iniciativas privadas deberán contener los siguientes requisitos mínimos:

- a. Definir el objetivo de la asociación que se propone;
- b. Descripción detallada del Proyecto que se propone para el cumplimiento del objeto de la asociación, en particular los siguientes:
 - (i) Objeto y alcance del Proyecto, incluyendo las especificaciones técnicas y términos de referencia respectivos;
 - (ii) Estudios de factibilidad técnica, legal, económica y financiera del Proyecto;
 - (iii) Plazo social, que contemple las diversas fases de desarrollo del Proyecto;
 - (iv) Fuente de financiamiento;
 - (v) Análisis de la distribución de riesgos;
 - (vi) Análisis de las estimaciones de las aportaciones;
 - (vii) Análisis del porcentaje de participación accionaria del proponente; y,
 - (viii) Rentabilidad social y económica del Proyecto.

La iniciativa ha de ser dirigida ante la máxima autoridad de la empresa pública que tenga la competencia para el desarrollo de la actividad económica que surge del Proyecto.

4.7.8. Comparador Público Privado.

Metodología para realizar un análisis objetivo de los costos del Proyecto, en orden a la distribución óptima de los riesgos. Corresponde a la empresa pública realizar una comparación económica entre los supuestos de ejecución del proyecto bajo la modalidad de alianza estratégica pública-pública y pública-privada, para determinar cuál de las dos, es más conveniente según el principio de valor por dinero.

4.7.9. Aprobación del Directorio.

Toda alianza estratégica deberá ser aprobada por el Directorio de la empresa pública, en los términos previstos en la Ley. Tal aprobación incluirá la

determinación de la modalidad asociativa que sea más conveniente para el interés público e institucional, su normativa específica al contrato, bases del concurso público iniciales y los requisitos para la evaluación y calificación.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones provenientes de la investigación

En el presente trabajo de investigación, después de explicar las alianzas estratégicas en las empresas públicas, como un mecanismo jurídico que reorienta los modelos clásicos de contratación pública, hacia una combinación eficaz de recursos públicos y privados, encaminados al desarrollo de proyectos que generan mayor valor por dinero, y, de verificar la ausencia de normativa para regular el procedimiento para el concurso público de socio estratégico privado, se pueden establecer las siguientes conclusiones:

permite tener una visión actualizada y multidimensional del modelo intervencionista que adopta el Estado en Ecuador, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, sintetizando dos características: Por un lado, se observa una dinámica de recuperación del Estado que se ve en la reapropiación de recursos y en la capacidad de autoridad, rectoría, regulación, control y planificación de los poderes públicos; y, por el otro, un aumento sostenido del gasto y la inversión pública y de las coberturas de servicios y extensión de los derechos sociales. (2013, p. 3)

La Constitución del 2008 refleja un nuevo patrón de relaciones entre Estado, mercado y sociedad, ya que se introduce una nueva concepción de los derechos, marcadamente social y garantista; la ampliación y ejecutabilidad de los mismos mediante una institucionalidad con rango constitucional; y una lógica de la universalización de los derechos. A esto se incorpora la noción de bienestar colectivo respetando estilos de vida individual. Se incluyen artículos que proponen articulaciones de lo socio-económico frente a la escisión de lo económico y lo social tan propia del neoliberalismo. En definitiva, el Estado ecuatoriano busca alcanzar el Buen Vivir, cuya esencia radica en poner a la vida como centro de todas las acciones humanas, y no como fin en sí mismo, como

centralidad del mercado o como sinónimo de crecimiento económico. Finalmente, señalan que, en el modelo ecuatoriano, se da importancia a la recuperación y fortalecimiento de lo público estatal, lo que incluye una renovada manera de entender su rol. (Minteguiaga & Ubasart-González, 2013, pp. 14-21)

1. La Constitución de 2008 refleja un nuevo patrón de relaciones entre Estado, mercado y sociedad, introducido por el cambio de visión socio-económica frente a los postulados del neoliberalismo, adoptando así, un modelo intervencionista, que toma fuerza con la creación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.
2. La concepción de empresa pública delineada jurídicamente en la Constitución de 2008 y su propia Ley, conlleva la inclusión de una capacidad extensa y por demás suficiente, que les permite asociarse con socios o aliados estratégicos privados, previo concurso público, para la consecución de sus objetivos o metas empresariales, con indeterminadas modalidades asociativas, entre las que destaca, la alianza estratégica.
3. La conveniencia de constituir una asociación público privada, en concordancia con la selección de la modalidad asociativa, podrá ser resuelta por el Directorio, aplicando la metodología del comparador público privado que permite determinar el mayor valor por dinero.
4. Las alianzas estratégicas en las empresas públicas son un mecanismo jurídico que reorienta los modelos clásicos de contratación pública, hacia una combinación eficaz de recursos públicos y privados, encaminados al desarrollo de proyectos que generan una rentabilidad socioeconómica.
5. El concurso público para la selección de un socio estratégico privado es un procedimiento que difiere de aquellos del régimen común de la contratación pública, una vez que se ha demostrado que, en esencia, constituye un pedido de ofertas que han de ser calificadas por oposición y

en razón de las cualidades que sean más meritorias, tal y como se observa en el Concurso Público Internacional para incorporar un socio estratégico de la Empresa Pública Cementera del Ecuador.

6. La ausencia normativa en el concurso público para la selección de un socio o aliado estratégico privado, refleja el aperturismo que reviste a la capacidad asociativa, cuya problemática puede ser resuelta por el Directorio, a través de la aprobación de un reglamento interno que defina los principios, normas y procedimiento correspondiente.
7. Resulta evidente, que las alianzas estratégicas se desarrollaran como el vehículo jurídico que, plenamente reconocido por el derecho público, viabiliza la arquitectura de proyectos conjuntamente por el sector público y privado, a fin de encontrar sinergias que motiven el aporte de sus recursos hacia la asociación que se constituya para tal fin.

5.2. Recomendaciones provenientes de la investigación

Una vez analizadas la falencias que aparecen en la contratación pública y establecidas el presente trabajo de investigación, se proponen las siguientes recomendaciones, que sirven para que las empresas públicas, tomen en cuenta, al momento de definir las bases del Concurso Público para la selección de un socio de naturaleza privada:

1. Es necesario, potenciar las ventajas que se desprenden de las relaciones de colaboración público privada, en sus diferentes esferas.
2. Compartir a nivel de cada una de las entidades estatales, un modelo de procedimiento de concurso público que les permita considerar su aplicación, para la consecución de sus metas y objetivos.
3. Promover la creación de foros que involucren la participación de empresas públicas y privadas, sobre los diferentes mecanismos de asociación público privada, así como estimular la implementación de políticas económicas de fomento que busquen el sincretismo público privado.
4. Es innegable que existe una percepción de que las asociaciones público privadas son un medio para canalizar los recursos privados hacia las tareas públicas, confundiendo su concepto con la privatización, por lo que resulta necesario, tomar parte de la experiencia Latinoamérica de actualidad, para fomentar su uso, bajo condiciones que plasmen la prevalencia del interés público sobre el privado.

REFERENCIAS

- Ábalos, G., Buj, M., Correa, J., Farrando, I., Martínez, P., Gómez, D., (1996). *Manual de Derecho Administrativo*. (pp. 110-111). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Abril, M., Aguilar, Juan P., Allan, H., Armijos, B., Betancourt, A., Campaña, F., Carrión, F., Carrión, Erazo, J., M., Espín, J., Frey, A., Jácome, P., Lofberg, S., Ospina, O., Parra, J., Pontón, J., Santillán, A., Santillán, S., Supliguicha, V., Tocornal, X., Tupiza, A., Vallejo, O., Vásquez, G., (2008). *Nuevas problemáticas en seguridad ciudadana: Nueva Constitución ¿Nueva seguridad?*. (p. 336). Quito, Ecuador: FLACSO sede Ecuador.
- Ackerman, B., Ackerman, J., Arellano, Cossío, J., D., Ayres, I., Eréndira, I., Fiss O., Fox, J., Guerrero, J., Holmes, S., Marván, M., Mashaw, J., Merino, M., O'Donnell, G., (2008). *Más allá del acceso a la información: Transparencia, rendición de cuentas y Estado de derecho*. (p. 260, p. 331). D.F., México: Siglo XXI editores, S.A. de C.V.
- Acosta, A. (1994). *La deuda externa*. (3ª ed.). (p. 227-233). Quito, Ecuador: Editorial Ecuador F.B.T.
- Acosta, A., Brheil, J., Moncada, J., Martin S., et al., (1993). *Reforma del Estado: Propuesta popular*. (pp. 57-149). Quito, Ecuador: Tramasocial editorial.
- Adrián, Z., (2009). *El principio de Transparencia*. (p. 1). Recuperado el 13 de abril de 2014 de:
<http://www.zak-icg.com/admin/material/archarchivo2.pdf>
- Albornoz, E., Glas, J., Guerrero, J., Pastor, W., Solís, W., (2012). *Catálogo de Inversión para Proyectos Estratégicos*. (3.ª ed.). (p. 11). Recuperado el 29 de abril de 2014 de:
http://www.invec.ec/archivos/menu_6/catalogosdeinversionparaproyectos estrategicos.pdf
- Álvarez, F., Houtart, F., Morán, E., Narváez, J., Torres, J., Villegas, L., Zecchetto, V., (Marzo, 2008). *La iglesia y el Socialismo del Siglo XXI*. Revista Académica ALTERIDAD, 11 (4), pp. 46-52.

- Artistóteles, Bakunin, M., Biscaretti, C., Burdeau, A., Carré de Malberg. R., Duguit, L.: En Naranjo, V. (2012). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. (11ª ed.). (p. 82). Bogotá, Colombia: Temis.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008) *Acta No. 055 de la mesa número siete de 30 de mayo de 2008*. Montecristi, Ecuador.
- Asamblea Nacional Constituyente (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008. Montecristi, Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008. Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 588 de. Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009. Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial Suplemento 306 de 22 de octubre de 2010. Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010. Quito, Ecuador.
- Badaraco, J., (1992). *Alianzas Estratégicas: El caso de General Motors e IBM*. (pp. 1-5). Madrid, España: McGraw-Hill.
- Balarezo, T., Benavides, J., Burgoa, C., Damsky, Isaac, Espinosa, S., Fernández, J., Jacome, M., Julien-Lafferriere, F., Machuca, S., Márquez, D., Morales, M., Morales, P., Olivos, J., Olmeda, M., Pérez, J., Rodríguez, L., Venegas, S., Villacreces, J., (2014). *Análisis y Actualidad del Derecho Administrativo*. (pp. 1-163). Quito, Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Borja, R., (2007). *Sociedad, cultura y derecho*. (p. 307). Quito, Ecuador: Editorial Planeta del Ecuador S.A.

- Cabanellas, G., (2006). *Diccionario jurídico elemental*. (18ª ed.). (p. 30). Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G., (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo III: D-E. (30ª ed.). (pp. 471-472). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cabanellas, G., (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo VII: R-S. (30ª ed.). (p. 444). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cabanellas, G., (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo VI: P-Q. (30ª ed.). (p. 293). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- CAIC Ecuador, *Deuda ecuatoriana con los organismos multilaterales*. Recuperado el 20 de julio de 2014 de:
http://www.auditoriadeuda.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=68:deuda-ecuatoriana-con-los-organismos-multilaterales&catid=47:deuda-multilateral&Itemid=57
- Congreso de Colombia, *Ley 1508 de 2012*. Régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas. Diario Oficial 48308 de 10 de enero de 2012. Bogotá, Colombia.
- Congreso de Colombia, *Reglamento 3656 de 2012*. Parámetros para la Evaluación del Mecanismo de Asociación Público Privada. Diario Oficial 48651 de 20 de diciembre de 2012. Bogotá, Colombia.
- Congreso Nacional del Ecuador. *Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*. Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993. Quito, Ecuador.
- Congreso Nacional del Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998. Quito, Ecuador.
- Congreso Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. Registro Oficial 312 de 13 de abril de 2004. Quito, Ecuador.
- Consejo Metropolitano de Quito, *Ordenanza Metropolitana No. 0406 de 13 de junio de 2013*. Quito, Ecuador.
- Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia Interpretativa No. 001-12-SIC-CC de 05 de enero de 2012, caso No. 0008-10-IC*. Registro Oficial Suplemento 629 de 30 de enero de 2012. Quito, Ecuador:
- De Miguel García, P., (1973). *El intervencionismo y la empresa pública*. (p. 33). Madrid, España: Instituto de Estudios Administrativos.

- De Trazagnies, F., (1997). *La muerte del legislador*: En Aguilar, Juan Pablo. (2008). *Plenos poderes y transformación constitucional: Las escaleras de Howarts o el inexistente divorcio entre lo dogmático y lo orgánico*. (p.45). Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala
- Donahue, J., (1991). *La decisión de privatizar: Fines públicos, medios privados*. (pp. 1-24). Buenos Aires, Argentina: Editorial Paidós SAICF.
- Dromi, R., (1991). *Reforma del Estado y privatizaciones*. tomo I. (pp. 9-21). Buenos Aires, Argentina: Editorial ASTREA.
- Dromi, R., (2001). *Derecho Administrativo*. (9ª ed.). (pp. 18-392). Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina.
- Duguit, L., (1926). *Manual de derecho constitucional*, trad. José G. Acuña. (p.71). Madrid, España: Librería Española y Extranjera.
- Duguit, L., En Borja y Borja, R., (2007). *Teoría General del Derecho y del Estado*. (pp. 78-80). Quito, Ecuador: Editorial Pedro Jorge Vera de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión.
- D.R.A.E. (2001). *Diccionario de la lengua española: estratégico, ca*. (22.ª ed.). Recuperado el 29 de abril de 2014 de:
<http://lema.rae.es/drae/?val=estrategico>
- Empresa Pública Cementera del Ecuador, *Reglamento de Negociación Competitiva para la selección de socios estratégicos* de 17 de septiembre de 2013. Quito, Ecuador.
- Empresa Pública de Desarrollo Estratégico Ecuador ESTRATEGICO EP, *Reglamento para Contratación de Régimen Especial*. Registro Oficial 617 de 12 de enero de 2012. Quito, Ecuador:
- Fernández, J., (1995). *Derecho Administrativo*. (p.1).D.F., México: Editorial Porrúa
- Fernández, J., (2006). *Derecho Administrativo y Administración Pública*. (pp. 61-70). D.F., México: Porrúa-UNAM.
- Fernández, J., et al. (I Semestre., 2010). *Disertación sobre el servicio público*. FORO Revista de Derecho, 10 (13), pp. 5-21. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional.
- González, F., (2010). *¿Cómo funciona el órgano de administración de las sociedades?*. (p. 1). Recuperado el 18 de febrero de 2014 de:

<http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/como-funciona-el-organo-de-administracion-de-las-sociedades>

Hauriou, M., En: Fraga, G., (1977). *Derecho Administrativo*. (pp. 14-15). México: Editorial Porrúa

Hongru, C., Hurtado, O., Jaguaribe, H., Kasin, V., Kaufman, R., Lavagna, R., Montoro, F., Muñoz, O., Salgado, G., Sánchez, F., (1989). *Los nuevos límites del Estado*. (pp. 251-268). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios para el Desarrollo.

Jaramillo, F. (2011). *Análisis crítico del régimen jurídico de las Empresas Públicas en el Ecuador*. (pp. 13-16). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

Jaramillo, A., (2012). *Asociaciones Público Privadas en Colombia – APP: Documento CONPES 3714 de 2011. Riesgos Previsibles*. Recuperado el 04 de mayo de 2014 de:

<http://asociacionespublicoprivadascolombia.blogspot.com/2012/02/documento-conpes-3714-de-2011-riesgos.html>

Jellinek: En García, A., (1978). *Ciencia del Estado*, tomo I. (4ª ed.). (p. 94). Quito, Ecuador: Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana.

Klein, N., (2010). *La doctrina del Shock*. (pp. 79-108). Barcelona, España: Ediciones Paidós Ibérica.

Maino, V., (2011). *Asociaciones Público Privadas*. (p. 6). Recuperado el 28 de abril de 2014 de:

<http://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/Mecanismos%20de%20Asociaci%C3%B3n%20P%C3%ABlico-Privada%20PDF%20libro.pdf>

Marienhoff, M. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. (4ª ed.). (pp. 207-467). Buenos Aires, Argentina: Artes Gráficas Candil.

Marx, C.: En Luna, L. (1995). *Corrupción: Epidemia de fin de siglo*. (p. 234). Quito, Ecuador: CEDEP.

Minteguiaga, A., Ubasart-González, G., (2013). *Revolución Ciudadana y Régimen de Bienestar en Ecuador (2007-2012)*. Recuperado el 20 de julio de 2014 de:

<http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/clacso/index/assoc/D9242.dir/informe.pdf>

Montaña, P., Ramírez, L., (2013). *Alianzas estratégicas y jointventure*. (p. 2).

Recuperado el 13 de mayo de 2014 de:

http://www.slideshare.net/alexander_hv/alianzas-estrategicas-y-joint-venture

Morales, R., et al. (I Semestre., 2011). *El régimen de impuesto a la renta y la devolución del impuesto al valor agregado (IVA) a las empresas públicas bajo la perspectiva de la Ley Orgánica de Empresas Públicas*. FORO Revista de Derecho, 10 (15), pp. 71-97. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional.

Paladines, C., (2002). *El impacto del neoliberalismo en la educación en el Ecuador*. Recuperado el 05 de noviembre de 2013 de:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZbWk0wyEdw8J:ftp://ftp.puce.edu.ec/Facultades/CienciasEducacion/Maestria/DocenciaUniversitaria/Nivel%25203/Paralelo4/5a%2520neoliberalismo%2520y%2520educaci%25C3%25B3n.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&client=safari>

Paz y Miño, J. (12 de abr. de 2010). *Ecuador: Las décadas "neoliberales"*. El Telégrafo. Quito, Ecuador, A, p. 4.

Pérez, E., (2010). *La Empresa Pública en Ecuador*. (pp. 7-8). Recuperado el 17 de febrero de 2014 de:

<http://www.estade.org/documentos/Temas%20de%20Economia%20y%20Politica/Empresa%20Publica%2020%20dic%202010.docx>

Pérez, E., (2014). *Guía Legal del Servicio Público*. (pp. 40-41). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Platón: En Azcona, J., (1970). *Derecho, poder y Marxismo*. (p. 13-14). D.F., México: Porrúa S.A.

Procuraduría General del Estado, (2013). Extractos de Consultas de Enero 2013. OF. PGE. No. 11796. Giro de Negocios: Contrataciones. (pp. 9-10). Recuperado el 12 de mayo de 2014 de:

<file:///Users/sebastiancordova/Downloads/extractosenenero2013.pdf>

- Puente, L. (1986). *Aspectos jurídicos y enfoque histórico sobre la intervención del Estado en Ecuador*. (p. 21). Quito, Ecuador: Pontífice Universidad Católica del Ecuador.
- Renán, E., (1957). *¿Qué es una Nación?*. (p. 106). Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos.
- RETEVE EP, *Resolución No. 002-GG-RETEVE-EP-2014* de 16 de mayo de 2014. Quito, Ecuador.
- Robalino, J., et al. (I Semestre., 2010). *Las asociaciones público-privadas: una opción para contratación administrativa en Latinoamérica*. FORO Revista de Derecho, 10 (13), pp. 97-108. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional.
- Rodríguez, E., (1993). *Aspectos jurídicos de la privatización de la empresa pública en España*. (p. 20). Getafe, España: Instituto de Estudios Económicos, Graficas Muriel S.A.
- Refinería del Pacífico Eloy Alfaro RDP Compañía de Economía Mixta, (2013). *Historia de la Refinería del Pacífico*. Recuperado el 29 de abril de 2014 de:
<http://www.rdp.ec/la-empresa/historia>
- SERCOP, Resolución INCOP No. 044-2011 de 15 de junio de 2010. *Incluir disposiciones en la declaración de agregado nacional en los modelos de pliegos de uso obligatorio para los procedimientos de adquisición de bienes y servicios*. Quito, Ecuador.
- SERCOP, Resolución INCOP No. 051-2011 de 16 de septiembre de 2011. *Normas Complementarias para la Determinación del Giro Específico del Negocio*. Quito, Ecuador.
- SERCOP, Resolución INCOP No. 053-2011 de 14 de octubre de 2011. *Detallar la Documentación considerada como relevante que debe ser publicada en el portal de COMPRASPÚBLICAS en los procesos de Contratación Pública*. Quito, Ecuador.
- SERCOP, Resolución INCOP No. 062-2012 de 30 de mayo de 2012. *Resolución de Casuística del uso del procedimiento de Ínfima Cuantía*. Quito, Ecuador.

- SERCOP, Resolución INCOP No. RE-2013-0000083 de 27 de marzo de 2013.
Expedir la siguiente Regulación para la Etapa de Convalidación de Errores. Quito, Ecuador.
- SERCOP, Resoluciones INCOP No. RE-2013-0000089 de 28 de junio de 2013.
Disposiciones para la priorización de las Ofertas de Bienes, Servicios y Obras de origen ecuatoriano en los procedimientos de Contratación Pública. Quito, Ecuador.
- SERCOP, Resoluciones No. RE-INCOP-2013-0000096 de 26 de julio de 2013.
Normas para la aplicación, ejecución y verificación de cumplimiento del valor agregado ecuatoriano en las adquisiciones de bienes y servicios. Quito, Ecuador.
- Tacle, M., (2009). *La privatización de empresas públicas en el Ecuador.* Recuperado el 20 de julio de 2014 de:
<http://www.dspace.espol.edu.ec/handle/123456789/6406>
- Valleta, María Laura. (2007). *Diccionario Jurídico.* (5ª ed.). (p. 339). Buenos Aires, Argentina: Valleta Ediciones.
- Vieitez, D., (2010). *Introducción a las mejores prácticas de los modelos internacionales de Asociaciones Público-Privada.* (p. 9). Recuperado el 11 de mayo de 2014 de:
http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Encuentros_tecnicos/TET2010/introduccion_mejores_practicas_APP.pdf
- Viloria, E. (1986). *Gestión de Empresas Públicas en América Latina.* (pp. 65-66). Quito, Ecuador: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales - ILDIS.

ANEXOS

ANEXO No. 1

LISTADO DE EMPRESAS INMERSAS EN EL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN EN ECUADOR.

No.	Denominación de las Empresas
1	La Cemento Nacional
2	Té Zulay
3	Prcesadoras de Caucho
4	Financiera Guayaquil
5	Ganaderías Ecuatorianas
6	Artepráctico S.A.
7	Bolsa de Valores de Quito S.A.
8	Bolsa de Valores de Guayaquil S.A.
9	Cementos Chimborazo C.A.
10	Cementos Selva Alegre CEM
11	Chapas y Maderas S.A.
12	Cítricos Bolívar CEM
13	Corporación de la Industria Automotriz CEM
14	Compañía Financiera Ecuatoriana
15	Desarrollo Agropecuario C.A.
16	Ecuatoriana de Artefactos S.A.
17	Ecuatoriana de Siderúrgica S.A.
18	Ecuatoriana de Financiamiento S.A.
19	Fertilizantes Ecuatorianos CEM
20	Financiera del Austro S.A.
21	Financiera Manabí S.A.
22	Industrial Forense Cayapas CEM
23	Ideal – Alambrec S.A.
24	Hotel Colón Internacional C.A.
25	Iskra, Herramientas Electrónicas S.A.
26	Palmeras del Oriente S.A.

27	Poliquímicos del Ecuador S.A.
28	Procesadora del Caucho Ecuatoriano S.A.
29	Semillas Certificadas CEM
30	Tabla Rey S.A.
31	Uniweld Andina S.A.

Adaptado de Moisés Fernando Tacle Galárraga. (1990, pp. 12-13)

Nota: “Se destaca que la venta en ningún caso corresponde a empresas de gestión ineficiente como generalmente se asocia a toda empresas pública y semipública, sino que se trata de unidades productivas en pleno funcionamiento”, tomado de (Tacle, 1990, pp. 13-14)

ANEXO No. 2

COMPARACIÓN ENTRE LOS SECTORES ESTRATÉGICOS Y LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Art. 313, Constitución, Sectores estratégicos:	Sectores estratégicos	Servicios públicos	Dominio Público	Empresa pública
1. Telecomunicaciones	x	x		x
2. Recursos naturales no renovables	x		x	x
3. Transporte y la refinación de hidrocarburos	x	x		x
4. Biodiversidad y patrimonio genético	x		x	
5. El espectro radioeléctrico	x		x	x
6. El agua	x	x	x	x
7. “Los demás que determine la ley”, pueden ser:	x	x		x
Art. 314, Constitución, servicios públicos:				
Energía eléctrica (suministro de)		x		x
Telecomunicaciones (servicio de)	x	x		x
Vialidad		x	x	
infraestructuras portuarias y aeroportuarias		x	x	
7. “Los demás que determine la ley”, pueden ser:		x	x	x

Tomado de Pérez, Efraín (2010, p. 8).

Nota: Se comparan los sectores estratégicos y los servicios públicos establecidos en los artículos 313 y 314 de la Constitución de la República del Ecuador, a fin de dilucidar la notoria confusión que denota su aplicabilidad en la práctica.