

EFICIENCIA EN LA CONTRATACIÓN POR GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS ECUATORIANAS¹

[EFFICIENCY IN THE PROCUREMENT BY *GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO* IN ECUADORIAN PUBLIC COMPANIES]

Nathaly Castrillón Calle²

nathalycastrilloncalle@gmail.com

RESUMEN:

El presente trabajo aborda la problemática en el actual procedimiento de contratación por régimen especial dispuesto para las empresas públicas, conocido como el giro específico del negocio. A pesar de que las empresas públicas tienen facultad para dictar sus propios procedimientos precontractuales de contratación según la Ley Orgánica de Contratación Pública, en la práctica existe falta de eficiencia en la adquisición de bienes y servicios. Esto ocasionado por la imposición de requisitos y la determinación de procesos análogos a los procesos comunes del Sistema Nacional de Contratación Pública. Aquello provoca falta de adaptación del giro específico del negocio con la naturaleza y los objetivos de la empresa pública, lo cual contradice el objeto y la esencia de este régimen.

ABSTRACT:

The paper examines the problems in the current contracting procedure by special regime settled for public companies, known as *giro específico del negocio*. Despite the fact that public companies have the power to dictate their own pre-contractual contracting procedures under the Organic Law on Public Procurement, in practice there is a lack of efficiency in the acquisition of goods and services. The abovementioned is caused by the imposition of requirements and determination of processes analogous to the usual proceedings of the National Public Procurement System. This implies lack of adaptation of the *giro específico del negocio* to the nature and business objectives of the public company, which contradicts the object and purpose of this regime.

PALABRAS CLAVE

Empresa Pública, Giro Específico del Negocio, Eficiencia, Objetivos Empresariales, Sistema Nacional de Contratación Pública.

KEYWORDS

Public Company, *Giro Específico del Negocio*, Efficiency, Business Objectives, National Public Procurement System.

Fecha de lectura: XX de XXXXX de 2020

Fecha de publicación: XX de XXXXX de 2020

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. APROXIMACIÓN A LAS EMPRESAS PÚBLICAS ECUATORIANAS.- 1.1 DEFINICIÓN Y NATURALEZA DE LA EMPRESA PÚBLICA.- 1.2 PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS.- 1.3 ÁMBITO DE DESARROLLO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS.- 1.4 PRINCIPIOS QUE RIGEN

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Dr. Juan Pablo Aguilar

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

LAS EMPRESAS PÚBLICAS.- II. FUNCIONAMIENTO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS: FORMAS DE CONTRATACIÓN.- 2.1 RÉGIMEN ESPECIAL: GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO.- III. PROBLEMAS EN LA CONTRATACIÓN POR GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO.- CONCLUSIONES.

Introducción

En el Ecuador, las empresas públicas (“EP”) han sido cuestionadas respecto a los aspectos de control de fondos públicos y a la intervención del Estado como un actor económico en el país. Poco o nada se ha discutido de los mecanismos de contratación y su influencia en la eficiencia empresarial. Así lo señala Efraín Pérez, siendo uno de los pocos autores ecuatorianos que ha abordado el tema de las EP en la actualidad, y que ha destacado que los conflictos jurídicos de una empresa pública son institucionales y normativos en lo que respecta a su funcionamiento³.

Por aquello cabe evidenciar los problemas que enfrentan las EP en otros ámbitos. Este trabajo se enfocará en el marco de adquisición de bienes y servicios para el cumplimiento de las actividades empresariales a través de los mecanismos de contratación establecidos para dichas sociedades. En específico, se expondrán los conflictos que presenta el giro específico del negocio como un régimen especial de contratación previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (“LOSNCP”) para las empresas públicas. Como preámbulo, se presentará una breve introducción del nacimiento de las empresas públicas en la historia, y posteriormente se analizará esta figura en el régimen jurídico ecuatoriano junto con la descripción de los problemas existentes en el giro específico del negocio.

Las empresas públicas surgen tras la crisis económica ocasionada por la Primera Guerra Mundial bajo la concepción de un Estado intervencionista que asume actividades económicas particularmente enfocadas en la prestación de servicios⁴ a favor de las clases sociales marginadas⁵. Consecuente, el Estado empieza a participar en actividades económicas, antes limitadas únicamente a la esfera privada, promoviendo el desarrollo doctrinario de estos temas. Aquello, dadas las dificultades derivadas para definir el concepto, naturaleza y características respecto de las empresas públicas⁶. Referidos conceptos fueron abordados por autores franceses como Langrod en su obra *L’entreprise publique en droit administratif comparé*, y

³ Ver. Efraín Pérez, *La Constitución Económica: Empresas Estatales y Servicios Públicos: Elementos de Derecho Público económico* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 48.

⁴ Ver. León Duguít. “Capítulo II: El Servicio Público” en *Las transformaciones del derecho público* (California: F. Beltrán, 1917) (Autor francés de gran importancia para el futuro desarrollo del Derecho Público, explicando el concepto de Servicio Público)

⁵ Ver. FJ Morales, “La empresa pública en América latina, origen desarrollo y crisis: el caso de Chile”, *Revista de Administración Pública* 77 (1990), 121.

⁶ Ver. Pedro De Miguel García, “Hacia un estatuto de la Empresa Pública”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad* (1975), 187.

también mencionado, sin mayor influencia, por Gastón Jeze conocido autor, que señalaba que el nacimiento del servicio público fue una “revolución” que fundó la “base fundamental del Derecho Administrativo Francés”⁷.

En América Latina las empresas públicas empiezan a tener mayor protagonismo en el siglo XX tras la Segunda Guerra Mundial, a consecuencia del proceso de industrialización inmerso en la región. En sus inicios, la actividad del Estado se enfocaba exclusivamente en la provisión de bienes y servicios que faciliten el progreso de la industrialización. El desarrollo de las empresas públicas en la región ha sido “sumamente heterogéneo” y ha alcanzado gran participación en la economía hasta la actualidad⁸.

El caso ecuatoriano no se aleja de la tendencia regional respecto del crecimiento de las empresas públicas, las cuales, también surgen bajo la concepción del intervencionismo estatal originado por el crecimiento económico del país en la Dictadura Militar presidida por el General Guillermo Rodríguez Lara⁹. Empero, en los años ochentas el florecimiento de las EP atraviesa una crisis ocasionada por problemas de índole económico, lo cual devino en la necesidad de disminuir el tamaño del Estado. Por ello se expide la Ley de Modernización del Estado en el año de 1993 con el objetivo de disminuir la carga presupuestaria del Estado a través de un proceso de concesión y privatización de los servicios previamente asumidos por las empresas públicas¹⁰.

De forma general, la doctrina ha resaltado los problemas de eficiencia de las entidades estatales, ocasionados por el exceso de burocracia, deficiencia en la prestación de servicios a los administrados y baja productividad¹¹. Además, se han discutido dificultades de regulación respecto de la gestión de las EP en el marco de la descentralización del Estado¹²; problemas de

⁷ Ver. Tomás-Ramón Fernández, "Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública", *Revista de administración pública* 46 (1965), 96.

⁸ Ver. FJ Morales, “La empresa pública en América latina, origen desarrollo y crisis: el caso de Chile”, *Revista de Administración Pública* 77 (1990), 120.

⁹ Ver. Fernando González Calle, *Las empresas públicas en el Ecuador: Su situación jurídica y su régimen laboral* (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2017), 21.

¹⁰ *Id.*, 23.

¹¹ Ver, Santiago Muñoz Machado, José Luis García Delgado, Luis González Seara, *Las estructuras del bienestar. Derecho economía y sociedad en España* (Madrid: Civitas, 1997), 138.

¹² Pedro De Miguel García, "Hacia un estatuto de la Empresa Pública", *Revista Española de Financiación y Contabilidad* (1975), 187 – 215.

gerenciamiento de las empresas públicas¹³; y, la presencia del Estado en las actividades principalmente privadas¹⁴.

Por consiguiente, con el objetivo de desarrollar este trabajo, tomaremos como base fundamental la naturaleza de la empresa pública ecuatoriana. Se analizarán los servicios que brindan, los principios que la regulan, los mecanismos de contratación previstos por la ley para el ejercicio de sus actividades, el régimen especial de contratación de las EP por giro específico del negocio, la subordinación de este régimen especial a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (“SERCOP”). Finalmente se expondrán los desafíos que esto genera en términos de eficiencia en la contratación, y que transgreden el objeto del giro específico del negocio.

I. Aproximación a las Empresas Públicas Ecuatorianas

Para el ejercicio de las facultades estatales se han constituido empresas públicas con el objetivo de alcanzar ciertas finalidades asumidas por el Estado en un determinado momento histórico. En consecuencia, es vital referirnos a la naturaleza de las empresas públicas en el régimen ecuatoriano para comprender las necesidades que enfrentan en el desarrollo de sus actividades.

Las empresas públicas en el Ecuador han atravesado una serie de cambios en cuanto a los aspectos de regulación y gestión. Varias de las novedades, han ocurrido en el marco de los procesos de contratación, los cuales han sido influenciados por tendencias regionales de intervencionismo estatal, hasta crisis económicas que apartaron al Estado de la participación en actividades económicas¹⁵. Previo a las reformas estructurales originadas en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, se discutía que las empresas públicas se regulaban sus propias leyes específicas por cada empresa, que normaban desde el régimen administrativo,

¹³ Tomás-Ramón Fernández, "Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública", *Revista de administración pública* 46 (1965), 118 – 121.

¹⁴ Jorge Fernández Ruiz, "El papel de las empresas públicas en los mercados donde coexisten con empresas privadas", *Estudios Sociológicos* (2011), 629 – 630.

¹⁵ Fernando González Calle, *Las empresas públicas en el Ecuador: Su situación jurídica y su régimen laboral* (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2017), 24. (El proceso privatizador se dio con la expedición del Decreto Ley 2000-1 que contenía la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana del año 2000, por la cual el sector privado estaba habilitado para asumir la prestación de servicios públicos y la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables. Referida reforma fue declarada inconstitucional por el fondo con la Resolución 193-2000-TP del Tribunal Constitucional en el año 2000).

mecanismos de contratación, hasta las formas gestión; ocasionando independencia de las empresas con la institucionalidad y políticas públicas nacionales¹⁶.

En la actualidad, la Constitución vigente “reincorpora el papel económico del Estado, con un sistema económico social y solidario”¹⁷ y al mismo tiempo, concede la facultad al Estado central para tomar medidas de planificación en el desarrollo de la economía, sectores estratégicos y servicios públicos, mediante la creación de empresas públicas como instrumentos de política pública¹⁸. En ese marco, se expide la Ley Orgánica de Empresas Públicas (“LOEP”) con el propósito de regular “la estructura, funcionamiento, régimen presupuestario, personal, contractual y tributario de la empresa estatal”¹⁹, y someter a las EP a un mismo ordenamiento normativo, en concordancia con la planificación gubernamental y sus políticas públicas.

1.1. Definición y naturaleza de la Empresa Pública

El autor Tomás Fernández Rodríguez, define a la empresa pública como “una forma de actividad de la Administración al servicio de fines públicos diversos, que se concreta en el ejercicio de empresas”²⁰. Por otro lado, Dromi menciona que la empresa pública es “toda empresa en sentido económico (organización de medios materiales y personales para realizar determinada explotación económica) que se encuentra en el sector público (no solo estatal) de la economía”²¹. Sin necesidad de profundizar en este punto, es suficiente referir que la empresa pública es un mecanismo creado por el Estado para el cumplimiento de sus objetivos, sea para la prestación de servicios públicos, manejo de sectores estratégicos o para el ejercicio de actividades económicas; siendo la empresa un ente económico parte del sector público que persigue fines de interés público propios de la actividad estatal²².

¹⁶ Ver. Sergio Ruiz, *El nuevo rol de las empresas públicas*, en Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Empresas públicas y planificación: Su rol en la transformación social y productiva* (Quito: Edición electrónica: 2014), 27.

¹⁷ Fernando González Calle, *Las empresas públicas en el Ecuador: Su situación jurídica y su régimen laboral* (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2017), 30.

¹⁸ Ver. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Empresas públicas y planificación: Su rol en la transformación social y productiva* (Quito: Edición electrónica: 2014), 33. Es importante precisar que la SENPLADES, fue suprimida a través de Decreto Ejecutivo 732.

¹⁹ Fernando González Calle, *Las empresas públicas en el Ecuador: Su situación jurídica y su régimen laboral* (Cuenca: Universidad de Cuenca, 2017), 80 – 81.

²⁰ Tomás-Ramón Fernández, "Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública", *Revista de administración pública* 46 (1965), 100.

²¹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*. (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2000), 524.

²² Ver. Ismael Mata, *Ensayos de derecho administrativo* (Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009), 587.

Sin alejarse de las definiciones mencionadas, las empresas públicas en el Ecuador son empresas de derecho público que pertenecen al Estado, definidas en el artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador (“CRE”), el cual dispone que:

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**. Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; **funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.** [...] ²³. (Énfasis añadido)

En concordancia con lo previsto por la norma suprema, la Ley Orgánica de Empresas Públicas además menciona que éstas tienen como destino el “desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado”²⁴. Las EP se rigen por los mismos principios que las entidades públicas en lo referente al manejo de fondos públicos²⁵, pero generan ingresos por su actividad empresarial. La finalidad de las EP a diferencia de otras entidades de derecho público radica en las actividades empresariales que realizan en el marco de la prestación de un servicio público o para la producción de bienes en el mercado, y en general a su regulación particular en el ordenamiento jurídico²⁶. En esta misma línea, la doctrina además recoge como finalidad de la empresa estatal a la actividad en el ámbito comercial como: instrumento de política económica y social, instrumento estructural para promover la ordenación del territorio, o instrumento coyuntural para colaborar en la regulación económica: ritmo de las inversiones y sobre todo freno del alza de precios²⁷.

Las EP son parte del sector público ecuatoriano²⁸ y son reguladas constitucionalmente por una serie de disposiciones que demarcan y guían su ámbito de desarrollo, considerando que es el Estado quien tiene competencia exclusiva para el control y administración de las EP nacionales. Principalmente, la creación de las EP se realiza a través de decreto ejecutivo en caso de las empresas que son parte de la Función Ejecutiva, por acto normativo expedido por Gobiernos Autónomos, o mediante escritura pública para las EP constituidas entre la Función

²³ Artículo 315, Constitución de la República del Ecuador. R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

²⁴ Artículo 4, Ley Orgánica de Empresas Públicas, [LOEP], R.O. Suplemento 48, de 16 de octubre de 2009.

²⁵ Artículo 292, Constitución de la República, 2008. (Establece que los ingresos y egresos correspondientes a las empresas públicas no forman parte del Presupuesto General del Estado).

²⁶ Efraín, Pérez, *Derecho Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones 2014), 211.

²⁷ Vesillier, Elizabeth. *Economía del Sector Público, Bases de un sociocapitalismo a la francesa*, en: Efraín, Pérez, *Derecho Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones 2014), 211.

²⁸ Artículo 225 número 3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Ejecutiva y los Gobiernos Autónomos; y pueden ejercer sus actividades en el ámbito local, provincial, regional, nacional e internacional²⁹. Sobre este particular, es importante notar la capacidad que se les otorga a las EP para ejercer actividades a nivel internacional, lo cual comprueba el propósito mercantil y comercial de las empresas, que rebasa el ámbito de la prestación de servicios públicos a nivel local. Los propósitos mercantiles y comerciales se observan principalmente en los espacios en los cuales las EP interactúan en el mercado donde coexisten productos suministrados por empresas de derecho privado.

1.2. Principales características de las Empresas Públicas

Las características principales de las Empresas Públicas según la doctrina son: (i) personalidad jurídica propia, lo cual les faculta a administrarse a sí mismas; (ii) su patrimonio es de naturaleza estatal, por lo que están sujetos a los límites y principios de manejo de fondos públicos; y, (iii) su objetivo consiste en prestar servicios públicos y actividades industriales o comerciales³⁰. Tales características son constantes en la normativa ecuatoriana, según el artículo 315 de la Constitución citado en líneas precedentes.

Primero, es necesario mencionar una característica transversal constante en el Derecho Público y en general en la actuación del Estado, que es el interés público³¹ lo cual no es ajeno a las EP. La Constitución se refiere al interés público particularmente en el desarrollo de políticas y en la prestación de servicios públicos que sean constitucionalmente garantizados. Sobre esta base, la gestión de las empresas públicas, principalmente en la prestación de un servicio público, se debe desarrollar anteponiendo el interés de la colectividad frente al particular.

En lo que respecta a la personalidad jurídica propia, esto implica que la EP tienen la capacidad de asumir derechos y obligaciones y representarse por sí sola, lo cual no requiere de mayor análisis para el desarrollo del trabajo.

Sobre la autonomía administrativa y financiera, las empresas gozan de la facultad constitucionalmente consagrada, para regularse administrativamente y definir su gestión económica de manera que cumplan con los objetivos empresariales para los cuales fueron

²⁹ Artículo 5, LOEP.

³⁰ Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo, tomo I* (Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1998), 388.

³¹ Artículo 83 número 7, Constitución de la República del Ecuador, 2008 (Reconoce el principio de prevalencia del interés público sobre el interés particular como un deber de los ciudadanos)

creadas. Esta característica de la empresa estatal difiere de otras entidades de derecho público que están sujetas al manejo gubernamental financiero y administrativo. Por ello, la LOEP en su artículo 6 dispone que los órganos de dirección y de administración de las empresas estatales son el Directorio y la Gerencia General, correspondiéndole a este último “la gestión empresarial, administrativa, económica, financiera, comercial, técnica y operativa”³² de la empresa.

Sin embargo, la autonomía que se le otorga a las EP en el marco de la gestión para la conducción de la EP, en la realidad se encuentra limitada por una serie de disposiciones referentes al manejo de fondos públicos, a las normas previstas en la LOEP respecto de la estructura de las EP (incluyendo las atribuciones otorgadas al Directorio y al Gerente General), los mecanismos de contratación estipulados, y en general a la manejo de las empresas públicas como sociedades de derecho público como instrumento para la consecución de políticas públicas³³.

Sobre el patrimonio estatal, la Constitución expresamente faculta la creación de las EP como sociedades de derecho público al Gobierno Central o a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, lo cual devela la naturaleza estatal del patrimonio de constitución de la EP, que figura en el decreto ejecutivo u ordenanza de creación. Lo anterior, sin perjuicio que en el futuro las EP generen excedentes en virtud de su actividad comercial³⁴.

1.3. Ámbito de desarrollo de las Empresas Públicas

Las empresas públicas dentro del ordenamiento ecuatoriano son creadas con el propósito de prestar servicios públicos, gestionar sectores estratégicos y desarrollar cualquier actividad económica en la que participe el Estado. Corresponde definir dichos conceptos y comprender su naturaleza con el objetivo de destacar la necesidad de optimizar la gestión de las EP respecto a la contratación en la adquisición de bienes y servicios.

El concepto de servicio público ha estado en constante evolución en la historia de los Estados, y por tanto la organización administrativa de la prestación de referido servicio varía

³² Artículo 10, LOEP.

³³ Artículo 2 numeral 3, LOEP.

³⁴ Artículo 315, Constitución de la República del Ecuador, 2008 (Además dispone que los excedentes generados por las EP podrán destinarse a la inversión o reinversión en las mismas empresas lacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado).

en cada país. El desarrollo del concepto de servicio público surge del autor Duguit, quien señalaba que la organización del Estado se desenvuelve entorno a la prestación de servicios públicos siendo esto el fundamento del Derecho Público³⁵. Varios autores han tratado de definir al concepto de servicio público con diversas de aproximaciones al tema, pero a manera de explicación se utilizará la definición proporcionada por Ariño, quien indica que:

[S]ervicio público es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la prestación regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social³⁶.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano establece que el Estado es el responsable de la provisión de servicios públicos tales como el agua potable, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, viabilidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y otras determinadas en la ley³⁷. Conjuntamente, la Constitución dispone que la prestación de estos servicios se rige por varios principios, y que los precios y tarifas deberán ser equitativas reservando el control y regulación a la administración pública³⁸. Es evidente que la normativa vigente refleja un amplio catálogo de servicios³⁹ que le corresponden al Estado, por lo cual no es de sorprenderse la necesidad que tiene el Estado de crear empresas públicas para dar cumplimiento con la disposición constitucional. En consecuencia, la Constitución también contempla la posibilidad de delegar al sector privado la prestación de servicios públicos, a través de empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria o a la iniciativa privada en casos en que la ley así lo disponga⁴⁰.

Asimismo, las empresas públicas pueden realizar actividades de índole comercial o industrial⁴¹, lo cual deviene de la expansión de actividades de las empresas para competir con las privadas en los diversos ámbitos de la economía⁴². Es cierto que la participación del Estado en actividades productivas viene desde el tiempo de las postguerras en Europa; por lo que, el

³⁵ Ver. Efraín Pérez, *La Constitución Económica: Empresas Estatales y Servicios Públicos* (Quito: Elementos de Derecho Público económico, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 85.

³⁶ Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica* (Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003), 544.

³⁷ Artículo 314, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³⁸ Artículo 314, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

³⁹ Artículos 345 y 346, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁰ Artículo 316, Artículo 314, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴¹ Roberto Dromi, *Empresas Públicas de Estatales a Privadas*. (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1997), 17.

⁴² Efraín Pérez, *La Constitución Económica: Empresas Estatales y Servicios Públicos* (Quito: Elementos de Derecho Público económico, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 3.

enfoque adoptado en la actualidad respecto a los fines de regulación, compensación, desarrollo de sectores estratégicos, y generación de empleo, son retomadas por el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano⁴³. De forma general la intervención del Estado en las actividades comerciales

[S]upone la extensión de la actuación del estado a las prestaciones puramente económicas, que no tienen en sí mismas carácter de titularidad administrativa, que se prestan en concurrencia con los particulares, que en ningún caso suponen monopolio [...] ⁴⁴.

Al mismo tiempo el Estado se reserva la gestión de los sectores estratégicos. El texto constitucional establece que el Estado tiene derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos. Dado que son sectores de gran trascendencia y magnitud que son de gran influencia económica, social, política o ambiental. Los sectores estratégicos en el Ecuador son: 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 ley⁴⁵. Sobre este particular, se debe destacar que los sectores estratégicos no le pertenecen al Estado en una concepción de propiedad, sino que el Estado se reserva su gestión dado que constituyen actividades de gran influencia en el desarrollo del Estado. Sobre este punto, también cabe la delegación al sector privado a través de empresas mixtas o a la iniciativa privada.

La división es evidente, por un lado la actividad prestacional o servicio público que corresponden a las actividades que son de titularidad de la administración y en consecuencia “las asume como propias, y las presta al público, bien directamente, bien por delegación (mediante fórmulas tales como la concesión, el arrendamiento, o el concierto, entre otras)” normalmente conocidos como los “servicios públicos asistenciales” en los cuales la administración asume la prestación de dichas actividades públicas.⁴⁶ Por otro lado, las actividades que requieren del Estado como un agente en el mercado en el cual, el Estado no es titularidad de los servicios, sino únicamente asume la producción y comercialización de bienes

⁴³ *Id.*, 35.

⁴⁴ Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica* (Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003), 292.

⁴⁵ Artículo 213, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁶ Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica* (Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2003), 295.

al mercado. Esto se ve reflejado en la actuación del Estado a través de formas organizativas o mecanismos de “actuación jurídico-privadas (empresas públicas o mixtas)”⁴⁷.

1.4. Principios que rigen a las Empresas Públicas

La Constitución ecuatoriana establece que la administración pública es un servicio que se otorga a la colectividad y que debe ser brindado a través de principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación⁴⁸. En esa misma lógica el artículo 3 de la LOEP dispone que las empresas estatales deberán contribuir al desarrollo, y prestar servicios públicos enfocados a hacer efectivos los derechos del buen vivir previstos en la Constitución⁴⁹; promover el desarrollo sustentable, integral de las actividades asumidas por el Estado; actuar con eficiencia, racionalidad, rentabilidad y control social en la industrialización de recursos renovables y no renovables; propiciar obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, calidad, precios equitativos y responsabilidad en la prestación de servicios públicos; y, finalmente preservar la propiedad estatal y actividad empresarial pública⁵⁰. Por lo tanto, es necesario que la gestión de las EP sea guiada a través de la aplicación de mecanismos⁵¹ que permitan cumplir con los objetivos y los principios que delinear el funcionamiento de las empresas públicas prestadoras de servicios públicos y las que prestan servicios privados de acceso al público, lo cual implica, sin duda aplicar mecanismos de contratación eficientes.

Los principios que regulan a las empresas públicas en el Ecuador reflejan un modelo económico dispuesto en la Constitución del año 2008, que busca la intervención del Estado en el mercado y en la economía local con el objetivo de regular prácticas de competencia que pueden devenir en prácticas desleales, abuso de dominio en el mercado⁵², o generando políticas para eliminar tales comportamientos⁵³; sin dejar de lado aquellos objetivos como: prestación de los servicios públicos y satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos, manejo de

⁴⁷ *Id.*, 296.

⁴⁸ Artículo 227, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁹ Artículo 85, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁵⁰ Artículo 3, LOEP .

⁵¹ Artículo 2 numeral 9, LOEP.

⁵² Artículo 2 numeral 8, LOEP.

⁵³ *Ver.* Pérez Ruales Nicole, “Hacia un nuevo modelo de desarrollo” en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, ed. Ramiro Ávila (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 209.

los sectores estratégicos, instrumento de aplicación de políticas públicas, generación y protección de recursos públicos⁵⁴.

Inexorablemente en el marco del derecho público, la valoración de la gestión en cuanto al cumplimiento de los objetivos empresariales es en tanto más compleja debido a los fines públicos que persiguen estas entidades⁵⁵. Respecto a la intervención del Estado como un actor en el mercado comercial e industrial, la gestión empresarial es comparada con la gestión de una empresa de derecho privado que provea los mismos bienes o servicios, en el caso concreto en que la EP actúe en mercados mixtos. Sin dejar de mencionar a aquellas EP que prestan servicios públicos y componen un monopolio en el mercado, las cuales, también deberán satisfacer las necesidades de los ciudadanos en estricto cumplimiento con los principios previamente detallados. Esto tiene relación directa con el manejo de fondos públicos para el desarrollo de las actividades de las EP, para lo cual se deben utilizar mecanismos de gestión eficientes, cumpliendo con el principio de preservación y control de la propiedad estatal y actividad empresarial pública.

La finalidad de la constitución de empresas públicas es el interés público, sea para la prestación de servicios públicos o para intervenir en el mercado para corregir distorsiones. En consecuencia, el fin ulterior de la EP no es el lucro como en el caso de las empresas de derecho privado. Empero, la Constitución en el artículo 315 determina que las empresas públicas deberán funcionar con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales, conjuntamente la Ley Orgánica de Empresas Públicas dispone como uno de sus objetivos

[E]stablecer mecanismos para que las empresas públicas, actúen o no en sectores regulados abiertos o no a la competencia con otros agentes u operadores económicos, mantengan índices de gestión con parámetros sectoriales e internacionales, sobre los cuales se medirá su eficacia operativa, administrativa y financiera⁵⁶.

Es por ello que las EP deben guiar y evaluar su funcionamiento bajo criterios de eficiencia y calidad, para lo cual es factible aplicar métodos comparativos con las empresas exitosas del derecho privado.

⁵⁴ Artículo 2 numeral 2,4, LOEP.

⁵⁵ Ver. Baudelio Urueña Gutiérrez, "La eficiencia en la empresa pública autonómica: aproximación metodológica", *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española* 2809 (2004).

⁵⁶ Artículo 2 numeral 9, LOEP.

En este punto, se debe acotar que la Contraloría General del Estado como entidad de control para el buen manejo de fondos públicos en el Ecuador, ha emitido documentos de guía para las auditorías de gestión, mediante los cuales se ha definido a la gestión pública como el proceso de coordinación de los recursos disponibles que se lleva a cabo para establecer y alcanzar objetivos y metas en un tiempo programado. Adicionalmente, define a la gestión desde la perspectiva material como la capacidad para ejecutar los lineamientos programáticos o las acciones mediante las cuales se pretenden alcanzar los objetivos y metas, observando las políticas establecidas. Este Acuerdo determina de manera técnica la calificación a través de indicadores sobre la gestión respecto de la eficiencia de los organismos que componen el sector público⁵⁷.

II. Funcionamiento de las Empresas Públicas: formas de contratación

Para el funcionamiento de las EP se prevén mecanismos de contratación para la adquisición de bienes y servicios que permita el desarrollo de sus actividades. En Ecuador, las EP por ser entidades de derecho público pueden ejercer únicamente las competencias establecidas por las leyes aplicables. Los mecanismos de contratación de las empresas públicas, por lo tanto, deben estar sujetos a la normativa prevista para el efecto. El régimen jurídico de contratación de las empresas estatales ecuatorianas se encuentra regulado por el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas norma que establece que los procesos de contratación de obras, bienes y servicios se deberán sujetar al Plan Nacional de Desarrollo⁵⁸, y a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En lo pertinente, la LOSNCP en el artículo 2 establece que

[E]l régimen especial previsto en este numeral para las **empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio**; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley. (Énfasis añadido).

⁵⁷ Acuerdo 047-CG-2011, Contraloría General del Estado [Acuerda expedir la guía metodológica para auditoría de gestión] del 02 de diciembre de 2011.

⁵⁸ Artículo 280, Constitución de la República del Ecuador, 2008. [define al Plan Nacional de Desarrollo como 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].

Sobre este particular es elemental mencionar que el régimen común⁵⁹ al cual se hace alusión en dicho artículo, se refiere a los procesos de contratación regulados por la LOSNCP y su Reglamento, que realizan las entidades descritas en el artículo 1 de la LOSNCP, dichos procedimientos se dividen según los montos de contratación⁶⁰. El SNCP es una herramienta utilizada por el Estado para ejecutar políticas públicas y para cumplir con los objetivos gubernamentales⁶¹. Además, el artículo 6 de la LOSNCP define a la contratación pública como el procedimiento determinado para la adquisición, arrendamiento de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras públicas⁶²; al mismo tiempo que el artículo 7 del mismo cuerpo normativo determina que el Sistema Nacional de Contratación Pública es el

[C]onjunto de principios, normas, procedimientos y mecanismos orientadas al planeamiento, programación, presupuestos control y administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes.

Entre las formas de contratación de las EP, la ley permite la adquisición de garantías soberanas que concede el Estado con la finalidad de financiar proyectos de inversión, previa aprobación del Directorio, obteniendo el estudio de capacidad de pago por parte del Ministerio de Economía y Finanzas a la EP. De igual forma, se establecen las compras corporativas cuyo objetivo principal es la eficiencia de los recursos de la empresa, por lo que faculta a la entidad a entablar procedimientos de contratación en conjunto con otras entidades públicas a través de convenios interinstitucionales⁶³, pero sujetos a los procedimientos comunes previstos en el Sistema Nacional de Contratación Pública. Además, las compras corporativas podrán ser unificadas para la adquisición de bienes, servicios y/u obras para las subsidiarias y filiales de la empresa pública.

Adicionalmente, la ley prevé la desconcentración empresarial con el objetivo de que cada unidad de negocio que componga la empresa pública tenga la capacidad de contratar bienes y/o servicios, en concordancia con el Plan Operativo de la empresa, previamente

⁵⁹ Artículo 34, LOEP (Explica que el régimen común de contratación aplica a todas las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables. Las empresas públicas procurarán adquirir productos de origen nacional siempre y cuando se encuentren en la misma condición técnica y calidad de los productos importados, para este efecto se aplicarán las resoluciones que emita el Instituto Nacional de Contratación Pública).

⁶⁰ Es decir los procedimientos de catálogo electrónico, subasta inversa electrónica, ínfima y menor cuantía, cotización, licitación, contratación integral por precio fijo, contratación directa, lista corta o concurso público.

⁶¹ Ver. Oswaldo Dávila, *Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana* (Quito: Editora LC, 2015), 20.

⁶² Artículo 6 número 5, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [LOSNCP] R.O. Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008.

⁶³ Artículo 29, LOSNCP

aprobado por el Gerente General de la entidad; dichas contrataciones serán responsabilidad del administrador de la unidad de negocio dentro de los límites que el Directorio lo establezca⁶⁴.

La Ley además dispone la facultad de las EP de asociarse con el fin de alcanzar y cumplir con sus objetivos empresariales. En tal sentido, el artículo 35 de la LOEP permite a las empresas constituir cualquier forma de asociación con entidades públicas o privadas, sea a través de alianzas estratégicas, la constitución de sociedades de economía mixta (siempre que el Estado cuente con mayoría accionaria) tanto a nivel nacional como internacional. Los procesos asociativos deberán llevarse a cabo a través de concurso público⁶⁵ cuyo procedimiento y requisitos serán dictados por el Directorio de la empresa. Sobre este punto es importante mencionar que los acuerdos y convenios que se celebren en el marco de esta facultad se encuentran sujetos a lo dispuesto en la LOSNCP únicamente en lo no previsto en cada acuerdo asociativo, por tanto, referida disposición ha sido llamada como la legalización de la huida del derecho administrativo⁶⁶.

En lo referente a los recursos económicos de las empresas, la LOEP otorga capacidad a la entidad para invertir sus recursos y excedentes en el desarrollo de proyectos previa aprobación del Directorio, para el cumplimiento con sus objetivos empresariales⁶⁷. Esta facultad es de suma importancia pues devela la facultad otorgada a favor de las empresas públicas para gestionar su actividad empresarial y en consecuencia los recursos económicos que de ahí provengan, siempre en cumplimiento con los principios que rigen estas entidades y sobre todo con la normativa respecto del buen manejo de fondos públicos. Es evidentemente, entonces que la adquisición de bienes y servicios en virtud de su giro de negocio debe estar sujeta a criterios de mayor eficiencia.

2.1. RÉGIMEN ESPECIAL: GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO

De esta forma, el caso que nos ocupa en el presente trabajo radica principalmente en el régimen especial de contratación de las empresas públicas. La LOSNCP en su artículo 2 dispone que el régimen especial de contratación se aplicará a las empresas públicas en las contrataciones que ejecuten en virtud de su giro de específico del negocio. La misma norma

⁶⁴ Artículo 34, LOEP.

⁶⁵ El concurso público no es necesario en el caso de suscribir una forma asociativa con una empresa pública o subsidiaria de países de la comunidad internacional.

⁶⁶ Ver. Antonio José Pérez, Daniel López, José Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 29.

⁶⁷ Artículo 39, LOEP.

determina que los procedimientos señalados, son aquellos que por su naturaleza no deberán estar sujetos a los procedimientos precontractuales previstos en el Sistema Nacional de Contratación Pública, ya sea por requerir de agilidad, confidencialidad, o por falta de proveedores, u otras razones.

Empero, cabe precisar que aunque en el régimen especial no se aplican normas comunes de los procedimientos de la LOSNCP, se deben cumplir con los requisitos previos de los procedimientos comunes para la contratación como: la obtención del registro único de proveedores (“RUP”), certificación presupuestaria en cumplimiento con el Plan Anual de Contratación, estudios y/o especificaciones técnicas y todo documento que respalde la necesidad de la contratación, utilización del portal de compras públicas⁶⁸. A pesar de que dichos requisitos comprueban un mecanismo de control para la contratación pública, pueden también devenir en una limitación y una tara respecto del cumplimiento de los propósitos del giro específico, que particularmente busca generar mayor agilidad y eficiencia en la contratación de las EP.

El Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (“RLOSNCPP”), dispone que la contratación por giro específico del negocio aplica para las empresas cuyo capital pertenezca en al menos 50% a entidades de derecho público⁶⁹. El giro específico del negocio se aplica en las contrataciones de las empresas públicas “entendiéndose como giro específico las actividades relacionadas con el objeto mismo de la empresa, conforme su estatuto.”⁷⁰; a las contrataciones que se encuentren normadas por leyes particulares de sus actividades, prácticas comerciales o modelos internacionales siempre que estén habilitados por las normas específicas.

El propósito del procedimiento por giro específico del negocio es generar mayor agilidad en las contrataciones, por ello se desarrolla en concordancia con la normativa particular que emita cada empresa pública. Es decir, es la misma EP que goza de facultad para emitir el reglamento de giro específico normando los procesos de contratación en toda la fase precontractual, sin acoger los procesos comunes previstos en la LOSNCP y el Reglamento.

⁶⁸ Ver. Antonio José Pérez, Daniel López, José Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 193-194

⁶⁹ Artículo 103, Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. Suplemento 588 de 12 de mayo del 2009.

⁷⁰ Antonio José Pérez, Daniel López, José Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 215

Esto incluye: requisitos a cumplir por parte de los proveedores, tipos de procesos de contratación según la cuantía, procesos de aprobación de las contrataciones, necesidad de presentar documentos precontractuales, entre otros. En general todos los aspectos considerados dentro del reglamento deberán ser regulados a través de mecanismos flexibles, ágiles y de acuerdo con las necesidades comerciales de la EP.

El procedimiento será determinado por la máxima autoridad de la entidad y se calificará por el SERCOP en lo referente al establecimiento de aquellos bienes y servicios que serán objeto de contratación en cumplimiento con el giro específico del negocio⁷¹. Se debe recalcar que la ley dispone que este mecanismo de contratación no debe ser utilizado con el fin de eludir los procedimientos de contratación previstos en la LOSNCP, sino únicamente para la adquisición de bienes y servicios que sean calificados como giro específico del negocio previamente por el SERCOP. Las contrataciones que lleven a acabo las empresas públicas, que no estén contenidas en el giro específico de su negocio, se realizarán según los procedimientos comunes contenidos en la LOSNCP⁷².

La aprobación de los bienes y servicios que están sujetos al giro específico del negocio la realizará directamente el Director del Servicio Nacional de Contratación Pública mediante solicitud de la EP, siempre que se verifique que los bienes y servicios incluidos, se relacionen con el objeto social de la empresa pública según su documento constitutivo⁷³. Es posible que la empresa pública en virtud de las necesidades comerciales que enfrente, pueda ampliar o modificar los bienes y/o servicios que ya hayan sido aprobados por el SERCOP anteriormente, siempre que exista el respaldo correspondiente en el objeto social de la compañía.

En conclusión, la contratación por giro específico del negocio permite que las empresas públicas que determinen sus propios procedimientos precontractuales para la adquisición de los bienes y/o servicios lo cual

[S]e justifica en la necesidad de dotar a las empresas públicas de una normativa más ágil, en razón de las actividades netamente empresariales que desarrollarán las empresas públicas, las que implican competir contra el sector privado en los campos que cumplen sus actividades⁷⁴.

⁷¹ Artículo 104, LOSNCP.

⁷² Artículo 105, LOSNCP.

⁷³ Artículo 425, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72, R.O. Edición Especial 245 de 29 de enero 2018.

⁷⁴ Antonio José Pérez, Daniel López, José Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 216.

Sean empresas que “por su naturaleza comercial deben competir en el mercado frente a la eficiencia total de las empresas privadas o para la eficiencia de la EP que presta servicios públicos, con el propósito de dotar de una mejor prestación al usuario”⁷⁵. Sin embargo, es preciso analizar si este régimen especial previsto en la Ley, efectivamente cumple con su propósito, o si al estar sujeto al sistema nacional de contratación pública presenta dificultades que no permiten agilizar los procedimientos de contratación en la práctica.

III. Problemas en la contratación por giro específico del negocio.

Según reza en sus considerandos y justificativos la LOSNCP se apoya en la necesidad de innovar la contratación pública mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados. Tiende a garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la tramitación de los contratos y tiene como propósito que los procedimientos sean ágiles, transparentes y tecnológicamente actualizados. El sistema nacional ha activado un portal electrónico denominado de compras públicas, al que tiene acceso todo aquél que pueda procurarse un medio telemático, a través del cual deben tramitarse los procedimientos establecidos en la LOSNCP. No todos, como en el caso de la subasta inversa presencial, y las contrataciones necesarias para la seguridad interna y externa del estado. No es ajeno el caso de la contratación por giro específico del negocio el cual está inmerso en este sistema de contratación, y que puede presentar algunas dificultades derivadas del mismo SNCP y otros conflictos propios del giro específico.

Siguiendo los postulados del Derecho Administrativo que limitan la discrecionalidad en el accionar, toda contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría a cargo del estado, en teoría deben observar un procedimiento. No obstante, en línea con lo anterior, se puede concluir que el giro específico del negocio pretende flexibilizar y agilizar la contratación únicamente en la fase precontractual. Sin embargo, en la práctica este régimen se limita por una serie de disposiciones previstas en la misma normativa de contratación pública aplicable para todo ente público.

El giro específico del negocio, al ser un procedimiento contenido en la LOSNCP, faculta a las entidades a determinar su propio procedimiento precontractual, pero debe observar los principios rectores del sistema nacional de contratación pública respecto de las

⁷⁵ Oswaldo Dávila, *Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana* (Quito: Editora LC, 2015), 119.

disposiciones relacionadas a contratos, garantías e inhabilidades⁷⁶. A la par, existen otras exigencias a la luz de lo dispuesto en la Ley, su reglamento y en las resoluciones emitidas por el SERCOP como, la obtención del registro único de proveedores, certificación presupuestaria en cumplimiento con el Plan Anual de Contratación, estudios y/o especificaciones técnicas y todo documento que respalde la necesidad de la contratación, la utilización del portal de compras públicas, entre otras. Lo anterior refleja ciertas disposiciones conflictivas identificadas en el SNCP, que son aplicables al giro específico del negocio, y que generan demoras y mayores tiempos en los procedimientos de contratación de las EP.

En primer lugar, la LOEP establece que todas las contrataciones que ejecuten las empresas públicas sean de bienes o servicios en todas sus actividades, deberán estar sujetas al Plan Estratégico y al Plan Anual de Contrataciones previamente aprobados. El Plan Estratégico además de ser una herramienta de evaluación de los administradores de las empresas, se refiere a los criterios generales que deberá cumplir la empresa pública en concordancia con las políticas del Estado y en cumplimiento con los intereses del Estado. El Plan Anual de Contrataciones (“PAC”), a pesar de no tener una definición en el mismo cuerpo normativo, se menciona por la LOSNCP y su Reglamento como la obligación de todas las entidades contratantes para que, en cumplimiento con sus objetivos institucionales, formulen un Plan Anual de Contratación en base al presupuesto correspondiente en concordancia con la planificación plurianual de la entidad⁷⁷.

El Plan debe contener los procesos con la descripción del objeto de contratación, previstos para el año, el presupuesto estimado de contratación y un cronograma para la ejecución del PAC; lo cual deberá ser publicado en el sitio web de la entidad y en el portal de compras públicas. Conjuntamente, para las entidades que realicen actividades empresariales o de carácter estratégico se dispone la elaboración del PAC coordinadamente con el Servicio Nacional de Contratación Pública⁷⁸ para evitar la afectación del sigilo comercial y de estrategia de las entidades públicas⁷⁹. Empero, en el caso particular de adquisición de bienes y servicios por giro del negocio de la EP, puede presentarse una serie de contrataciones que no hayan sido posible de preveer y que por necesidades comerciales de las EP requieran ser adquiridas de

⁷⁶ Oficio No. 11796, Procuraduría General del Estado de 30 de enero de 2013. [atendiendo a la consulta de la Empresa Municipal de Vivienda de Manta respecto de la entidad competente para la determinación de las contrataciones por giro específico del negocio]

⁷⁷ Artículo 22, LOSNCP.

⁷⁸ Artículo 10, LOSNCP (ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública).

⁷⁹ Artículo 26, Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

forma inmediata, por lo que la reforma del PAC conllevaría un trámite adicional previo a la contratación lo cual implica mayor tiempo y recursos.

Como segundo punto, el principio de publicidad en contratación pública, en armonía con el artículo 18 de la Constitución de la República del Ecuador⁸⁰ dispone la publicidad de la convocatoria y del proceso de adjudicación y posterior a este. El objetivo es ampliar el alcance de conocimiento de las convocatorias, dar a conocer a los interesados todas las etapas de los procesos y hacer la información de dominio público y gratuito mediante el uso del portal institucional⁸¹.

La doctrina establece que el principio de publicidad radica en el llamado a la licitación con el objetivo de generar mayor concurrencia y competencia, y publicitar todo el proceso en todas sus etapas con el objetivo de controlar los actos de la administración⁸². Como resultado, las contrataciones por giro específico están sujetas a la publicación de los documentos relevantes precontractuales⁸³ que apliquen a la contratación efectuada⁸⁴ dentro del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (“SOCE”). Adicionalmente, se requiere la obtención del RUP para las personas naturales, jurídicas sean ecuatorianas o extranjeras, con el objetivo participar en procedimientos de contratación. Este registro y habilitación consiste en un procedimiento simplificado electrónico bajo el control del Servicio Nacional de Contratación Pública, con el objetivo de verificar que los proveedores no mantengan deudas o se encuentren en mora con el Estado⁸⁵. La obtención del RUP se la realiza a través del SOCE

⁸⁰ Artículo 18, Constitución de la República del Ecuador, 2008. (Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior. 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información).

⁸¹ Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo, Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder del Mercado, 2015, 39-40.

⁸² Roberto, Dromi. “*Licitación Pública*”. (Buenos Aires, Madrid, México: Editora Hispania libros), 104.

⁸³ Artículo 17, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72.

⁸⁴ Artículo 9, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72, (Determina como documentos relevantes de la contratación: estudios; convocatoria; aprobación de pliego e inicio del procedimiento; pliego; preguntas, respuestas y aclaraciones correspondientes al procedimiento; ofertas presentadas; actas de apertura, convalidación; informe de evaluación de las ofertas; calificación de las ofertas presentadas; informe de adjudicación o declaratoria de desierto; garantías; resoluciones; reclamos o recursos; en general documentos de autorización del proceso).

⁸⁵ Artículo 16, LOSNCP, y Artículo 21, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72.

y aunque consiste en un trámite simplificado, implica el registro y constante actualización por parte de los proveedores del Estado en el sistema.

El giro específico se encuentra sujeto a la priorización de ofertas ecuatorianas de bienes y servicios⁸⁶. Empero, como tercer punto, en estricto cumplimiento al principio de participación nacional que pretende dinamizar la producción nacional a través del uso de los mercados generados en los espacios de contratación pública, se establecen márgenes de preferencia y la inclusión de la pequeña y mediana industria en la participación de los procesos de contratación⁸⁷. En este punto, es pertinente recalcar la importancia de este principio como mecanismo de política pública, que a la vez limita a los principios de igualdad y trato justo en la contratación, pues consagran un beneficio a la economía popular y solidaria y en particular a la producción nacional⁸⁸ frente a otros proveedores que no cumplen con estos requisitos. Por lo que, en las contrataciones por giro específico se incluye la aplicación de criterios de Valor Agregado Ecuatoriano (“VAE”) que consiste en la aplicación de mecanismos de preferencia a la producción ecuatoriana de bienes, servicios en base a los umbrales emitidos por el SERCOP como criterios de participación, evaluación y adjudicación⁸⁹.

Del mismo modo, en lo que respecta la aplicación de criterios de subcontratación de micro y pequeñas empresas (“MYPES”) y actores de la economía popular y solidaria (“AEPYS”) para la ejecución de rubros de obra, se fija como parámetro de calificación la subcontratación de MYPES y AEPYS otorgando mayor puntaje a los oferentes que: 1) se comprometan a subcontratar proveedores de la micro y pequeña empresa o de la economía popular y solidaria de la localidad de ejecución del proyecto; 2) identifiquen los rubros de subcontratación acorde al porcentaje de participación ecuatoriana determinados en los estudios de desagregación tecnológica; 3) se comprometan a contratar a los subcontratistas de las MYPES y AEPYS por un mínimo del 10% del valor de la oferta económica; entre otras⁹⁰.

⁸⁶ Artículo 68, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72.

⁸⁷ Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo, Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder del Mercado, 2015, 40.

⁸⁸ Francisco Poveda Almeida, *Instituciones de la Contratación Pública en el Ecuador, Doctrina y Derecho Positivo*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017). 99.

⁸⁹ Artículo 69, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72.

⁹⁰ Artículo 351, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72.

Cuarto, y en concordancia con lo anterior, previo a la convocatoria del proceso, se debe realizar el estudio de desagregación tecnológica⁹¹ en todos los procesos cuyo presupuesto referencial sea igual o superior al monto de Licitación de obras⁹². Dicho estudio debe ser aprobado por la máxima autoridad de la entidad, y publicado en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública⁹³. Este requisito involucra, además, la obligación de los proveedores de presentar en sus ofertas los estudios de desagregación tecnológica correspondientes, cumpliendo con los mínimos establecidos por la entidad contratante, caso contrario será causal de rechazo de la oferta⁹⁴. Las disposiciones además prevén la obligación de evaluar las ofertas otorgando máximo puntaje en el parámetro de participación a aquellas que justifiquen mayor valor respecto del porcentaje de participación ecuatoriana, según el estudio de desagregación tecnológica⁹⁵.

Las empresas públicas ecuatorianas entonces, deben cumplir con los principios previstos en el artículo 3 de la LOEP y procurar alcanzar a cabalidad los objetivos y propósitos para los cuales fueron constituidas, por lo tanto, se ha procurado otorgar constitucionalmente autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión a dichas empresas. No obstante, no es posible hablar de una auténtica autonomía pues: respecto de autonomía administrativa la misma se encuentra limitada debido a que la estructura de la EP está previamente definida (competencias y atribuciones de las autoridades, etc.) en la LOEP; sobre la autonomía financiera y económica la EP está condicionada a los planes de desarrollo que determine el Estado y políticas económicas que puedan incluirse a las empresas; la autonomía de gestión esta limitada pues son previamente determinados los mecanismos de adquisición de bienes y servicios a través del Sistema Nacional de Contratación Pública. Esto se refleja en uno de los objetivos la LOEP que expresamente dispone

⁹¹ Artículo 6, LOSNCP. (Define como el estudio pormenorizado que realiza la Entidad Contratante en la fase pre contractual, en base a la normativa y metodología definida por el Servicio Nacional de Contratación Pública en coordinación con el Ministerio de Industrias y Productividad, sobre las características técnicas del proyecto y de cada uno de los componentes objeto de la contratación, en relación a la capacidad tecnológica del sistema productivo del país, con el fin de mejorar la posición de negociación de la Entidad Contratante, aprovechar la oferta nacional de bienes, obras y servicios acorde con los requerimientos técnicos demandados, y determinar la participación nacional. Las recomendaciones de la Desagregación Tecnológica deberán estar contenidas en los Pliegos de manera obligatoria).

⁹² Artículo 81, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72.

⁹³ Artículo 82, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72.

⁹⁴ Artículo 85, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72.

⁹⁵ Artículo 86, Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72.

Regular la autonomía económica, financiera, administrativa y de gestión de las empresas públicas, con sujeción a los principios y normativa previstos en la Constitución de la República, en ésta y en las demás leyes, en lo que fueren aplicables⁹⁶.

Si bien es cierto que la contratación pública es una herramienta de política pública designada a través de la Constitución; no es menos cierto que los mecanismos previstos para su cumplimiento, advertidos para los procesos precontractuales no deberían ser aplicables para la contratación a través del giro específico. Esto, apoyado en el objeto del giro específico, como una atribución otorgada a favor de las empresas públicas para dictar sus propios procedimientos precontractuales de contratación en concordancia con sus necesidades empresariales. El cumplimiento de todos estos requisitos, dispuestos a través de las Resoluciones del SERCOP que son jerárquicamente inferiores, requieren de mayor tiempo en los procesos de contratación y no permiten agilidad ni flexibilidad en la contratación de los bienes y servicios que son fundamentales en el ejercicio de las actividades empresariales.

La Constitución del Ecuador establece que la prelación de normas es la siguiente: la Constitución, los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y reglamentos, las ordenanzas, los acuerdos y las resoluciones, y los demás actos y decisiones de los poderes públicos⁹⁷. El artículo 2 de la LOSNCP somete a las EP al régimen especial para las contrataciones que sean del giro específico del negocio. Conjuntamente, el artículo 104 del RLOSNCP expresamente dispone que las contrataciones por giro específico no estarán sujetas a las normas contenidas en la LOSNCP y en el Reglamento General. Por lo tanto, determinar normas y requisitos aplicables a los procesos precontractuales del giro específico del negocio, a través de Resoluciones aprobadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública efectivamente contradice la Ley, y por lo tanto no corresponde su aplicación dado que constituyen normas de menor jerarquía que se contraponen con lo previsto en la LOSNCP.

Adicionalmente, referidas disposiciones transgreden el propósito del proceso de contratación por giro específico del negocio que extrae a los procesos precontractuales del SNCP, para que las autoridades de las EP dicten sus reglamentos en el marco de la gestión empresarial buscando cumplir con los criterios de calidad, rentabilidad y eficiencia. Adicionalmente, esta forma de contratación busca generar un mecanismo de contratación

⁹⁶ Artículo 2 numeral 3, LOEP.

⁹⁷ Artículo 425, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

eficaz que permita satisfacer las necesidades de la EP con la finalidad de mejorar su competitividad frente a la empresa privada, o para prestar un servicio de calidad a los usuarios en caso de EP que presten servicios públicos. Consecuentemente, no es posible que se regulen disposiciones respecto a la puntuación y calificación de oferentes por cumplir criterios de preferencia nacional o establecer la obligación de presentar estudios de desagregación tecnológica, los cuales son aspectos precontractuales y corresponden al ejercicio de la facultad de la EP para normar dentro de su reglamento.

Por ende, si bien es necesario que los procesos de contratación de las empresas públicas estén enmarcados dentro de los principios generales de contratación pública y que no contravengan dichas disposiciones, es también imperativo que las empresas públicas puedan ejercer la facultad de reglamentar los procesos precontractuales, atendiendo primordialmente a sus necesidades comerciales, procurando flexibilidad y eficiencia. Lo anterior, a través de la aplicación de mecanismos adaptados a la realidad de la empresa en el cual se desarrollan, para el cumplimiento de los principios de contratación pública, de los principios institucionales que las rigen y a las políticas públicas que los gobiernos dicten.

Cabe resaltar que todas las entidades que conforman el sector público y que manejan fondos públicos, están obligadas constitucionalmente a hacer pública toda la información que emitan en ejercicio de sus facultades. Por lo tanto, las empresas públicas ya cumplen con su obligación de publicidad, bajo las disposiciones de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Por ello no sería improcedente que, con el objetivo de agilizar la contratación y en busca de mayor eficiencia, los procedimientos de contratación por régimen específico del negocio de las empresas públicas sean publicitados a través de sus páginas institucionales.

Por otra parte, es vital verificar los reglamentos de contratación que las empresas públicas han emitido en cumplimiento con sus facultades. En primer lugar, es necesario resaltar que los reglamentos de las EP se encuentran disponibles en la página web del SERCOP, donde consta un modelo básico de reglamento emitido por el Servicio Nacional de Contratación Pública con el fin de crear en una guía para las empresas. El modelo incluye requisitos comunes a todos los procesos previstos en la LOSNCP como: el procedimiento de precalificación⁹⁸;

⁹⁸ Antonio José Pérez, Daniel López, José Luis Aguilar, *Manual de Contratación Pública* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 180 (Explicando que el proceso de precalificación se encuentra previsto en el artículo 41 del RLOSNCP, mediante el cual se realiza un proceso de precalificación a oferentes a través de la

parámetros de calificación (mejor costo del bien o servicio en cumplimiento con los requerimientos técnicos) y, criterios de preferencia de producción nacional. Además, advierte como fase preparatoria: el Plan Anual de Contrataciones; la necesidad de contar con la certificación presupuestaria; la necesidad de contar con estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados; la constitución de la comisión técnica; elaboración de los pliegos, etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones; modificación de pliegos, convalidación de errores de forma. Finalmente, el modelo incluye una sección sobre la fase contractual, lo cual, si bien se encuentra en estricto cumplimiento con la LOSNCP y el Reglamento, resulta innecesaria y genera confusión dado que el régimen especial faculta únicamente a las empresas públicas a determinar procedimientos precontractuales y no consiente regular la fase contractual.

Este punto también resulta problemático en el marco de la contratación por giro específico, pues las empresas públicas podrían, con excusa de aplicar el modelo de reglamento, caer en copias del modelo o simplemente sujetarse a lo previsto por la LOSNCP y su Reglamento, sin desarrollar mecanismos flexibles y dinámicos para la fase precontractual contraviniendo el propósito del giro específico.

En la práctica se han identificado algunas dificultades: 1) existencia de una gama de procedimientos para adquisiciones de igual naturaleza o presupuestos semejantes atendiendo a la forma y conceptualización de la contratación; 2) varios reglamentos que son copia al RGLOSNCP; 3) reglamentos que no son ágiles y oportunos, que involucran mayores tiempos a los previstos en la LOSNCP y su Reglamento; 4) falta de utilización del portal web ni la publicación de los documentos relevantes; y la 5) extralimitación en el contenido de los reglamentos incluyendo disposiciones referentes a la fase contractual⁹⁹.

A modo de ejemplo exponemos un reglamento que evidencia los problemas abordados en líneas precedentes, junto con otro reglamento que pretende cumplir el objeto del régimen especial. El reglamento de contratación de la Empresa Pública de Agua Potable y Saneamiento

solicitud de información, antecedentes de experiencia, en lo que respecta contrataciones de consultoría. Esta fase de precalificación concluye con la invitación a los oferentes a presentar sus propuestas e iniciar la fase de calificación).

⁹⁹ Luz Marina Rumazo Echeverría, *Necesidad de normativa secundaria general y el uso del portal del SERCOP para las adquisiciones de giro específico del negocio* (Quito: Consultores Estratégicos Asociados CEAS CIA. LTDA., 2014).

de Portoviejo EP – PORTOAGUAS¹⁰⁰, establece como procedimiento de contratación la proforma y la contratación directa dependiendo del valor de contratación. El reglamento aparte de definir los procedimientos de contratación contiene las mismas disposiciones que el modelo de reglamento como: parámetros de contratación, disposiciones del PAC, certificación presupuestaria, estudios, comisión técnica, el capítulo sobre la fase precontractual. El reglamento también incluye el capítulo sobre la fase contractual, lo cual como fue descrito anteriormente no puede ser regulado por la EP por cuanto no se encuentra dentro de sus facultades.

La EP del Complejo Turístico Chachimbiro¹⁰¹ ha regulado su proceso de contratación a través de la utilización de convenios marco y órdenes de compra, por lo que establece la actualización de lista de proveedores y la compra directa con ellos. El reglamento incluye los requisitos de participación nacional y la determinación de una comisión técnica, sin embargo, amplía la participación administrativa de las áreas requirentes, con la dirección administrativa y financiera. Finalmente incluye una sección sobre el procedimiento de contratación a través de las órdenes de compra que involucra la acreditación de fondos (certificación presupuestaria), inclusión de compras en el PAC, y finalmente sujeta el otorgamiento de garantías de acuerdo con lo previsto en la LOSNCP¹⁰².

Los reglamentos citados reflejan dos cuestiones opuestas, por un lado, la EP PORTOAGUAS que contiene un reglamento casi análogo al modelo propuesto por el SERCOP excediendo sus facultades respecto a la regulación de la fase contractual a través de este documento. La EP Complejo Turístico Chachimbiro por otra parte realiza un reglamento más sencillo únicamente determinando un proceso para la adquisición de bienes o servicios, pero incluye las disposiciones respecto de los procedimientos comunes del SNCP como el PAC, certificación presupuestaria, aplicación de criterios de preferencia nacional, y en general la aplicación de las garantías previstas en la LOSNCP.

La importancia de resaltar estos ejemplos consiste en que, en la práctica, así existan ciertos casos en que las EP puedan utilizar sus facultades a través de la definición de un proceso

¹⁰⁰ Resolución PORTOAGUASGERGRESAD0088, Empresa Pública de Agua Potable y Saneamiento de Portoviejo EP – PORTOAGUAS [Por medio del cual expide el Reglamento del Giro Específico] de 08 de agosto de 2017.

¹⁰¹ Resolución EPCH-036-2017, Empresa Pública Complejo Turístico Chachimbiro [Por medio del cual expide el Reglamento del Giro Específico] de 16 de junio de 2017.

¹⁰² Artículo 73, 74, 75, 76 y 77, LOSNCP.

de contratación flexible y eficiente, igual deberán cumplir con los requisitos previstos a través de las resoluciones dictadas por el SERCOP, o simplemente limitarse a expedir un reglamento equivalente al mismo modelo.

Los conflictos que se suscitan en el marco de la aplicación de este régimen de contratación en la práctica han sido abordados únicamente a través de trabajos de titulación de Maestrías, en lo referente a temas de libre competencia en la contratación pública¹⁰³, a la huida del derecho administrativo¹⁰⁴, o de manera más amplia respecto de la naturaleza de los contratos celebrados por las empresas públicas en el marco del giro específico del negocio¹⁰⁵.

La gestión entendida como la administración económica, tiene “por finalidad el desarrollo general de la fortuna pública mediante el buen funcionamiento de los servicios [...]”¹⁰⁶, consecuentemente los problemas de contratación de las empresas públicas que dificultan su gestión eficiente repercuten directamente con el principio de rentabilidad y de la preservación y control de la propiedad estatal. Cabe mencionar que las empresas públicas manejan recursos públicos que están sujetos a la vigilancia del ente de control por antonomasia: la Contraloría General del Estado en cumplimiento de los preceptos contenidos en los artículos 211 y 212 de la Constitución de la República, conforme los artículos 1, 2, 4 y más pertinentes de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Por lo tanto, el mal manejo de los fondos públicos por parte de las empresas genera directamente responsabilidades a las personas encargadas de su gestión.

En este punto, se deben considerar que la eficiencia contemplada dentro de la contratación pública implica la aplicación de “reglas de sencillez, celeridad, economía procesal, que buscan eliminar plazos inútiles y reenvíos administrativos considerados innecesarios [...]”¹⁰⁷. Lo anterior se vincula estrechamente con el principio de calidad, lo que

¹⁰³ Ver. Inés Baldeón. “*La libertad de empresa y el derecho de la competencia en el marco de la contratación pública del Ecuador*” (Tesis Doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2008), 149 – 239.

¹⁰⁴ Ver. Milton Morales. “*Naturaleza jurídica de las contrataciones bajo el mecanismo de giro específico del negocio de bienes y servicios internacionales, utilizado por las empresas públicas en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*” (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 79 – 125.

¹⁰⁵ Ver. César Pazmiño. “*Naturaleza jurídica de los contratos celebrados por las empresas públicas ecuatorianas en el marco del giro específico del negocio*”. (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2018), 39 – 84.

¹⁰⁶ Maurice, Hauriou. *Derecho administrativo y derecho público Volumen 1*. (México: Editorial Jurídica Universitaria, 2007), 56.

¹⁰⁷ Francisco Almeida Poveda. *Instituciones de la Contratación Pública en el Ecuador, Doctrina y Derecho Positivo*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 154.

se refiere a que las adquisiciones públicas deben ser “óptimas y adecuadas para satisfacer necesidades e intereses públicos e institucionales [...]”¹⁰⁸ . Estos son principios de rango constitucional que deberían guiar la adquisición de bienes y servicios de las empresas públicas respecto del giro de su negocio, considerando la importancia que aquellas implican en el mercado ecuatoriano, siendo por la prestación de un servicio público o por generar rentabilidad en el ejercicio de una actividad comercial. Para lo cual, las dificultades que se presentan en la actualidad en las contrataciones por giro específico deberían ser subsanadas para evitar demoras y burocracia dentro de un procedimiento que requiere de dinamismo para el mejor funcionamiento de una empresa pública.

En estudios sobre las reformas de las empresas públicas, se ha mencionado que las empresas deben ser estimuladas a través de mercados competitivos que implica que las empresas se adapten a la realidad de la economía, sin dejar de lado los fines de interés social que pueden llegar a cumplir. Esto debe vincularse modificaciones de las relaciones entre el gobierno y las empresas entre un equilibrio de autonomía y responsabilidad, creando mecanismos de fortalecimiento de la capacidad interna en materia de contabilidad y fijación de metas¹⁰⁹. Por ello, actualmente existe la necesidad de adaptar la realidad ecuatoriana de las EP y los problemas que el giro específico del negocio presenta, a nuevos criterios más eficientes y dinámicos.

Conclusiones

El Estado para prestar servicios públicos, gestionar sectores estratégicos y ejercer actividades comerciales puede crear empresas públicas, que, según el régimen ecuatoriano, son sociedades de derecho público con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión que deben funcionar de acuerdo con criterios de calidad y criterios empresariales económicos, sociales y ambientales.

Consecuentemente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano determina que las empresas públicas presten servicios públicos y también permite que estas sociedades intervengan en actividades comerciales. La prestación del servicio público debe ser encaminada a satisfacer las necesidades de la sociedad prestando un mejor servicio al usuario, y en el marco de la

¹⁰⁸ *Id.*, 118.

¹⁰⁹ Ver. Mary Shirley y John Nellis. *La Reforma de Empresas Públicas. Las Lecciones que Enseñan la Experiencia.* (Washington D.C.; Banco Mundial) 76 – 80.

actividad empresarial, las EP deben procurar ser sociedades competitivas en mercados frente a las empresas privadas. Todo esto en estricto cumplimiento y observancia a los principios que rigen ámbito de desarrollo.

Para cumplir sus propósitos las EP gozan de autonomía administrativa, económica, financiera y de gestión. Sin embargo, no existe una total autonomía por cuanto el funcionamiento de la EP es previamente definido en cuanto a su estructura, capacidad económica y formas de gestión. En lo que respecta a la gestión, las EP cuentan con un régimen de contratación preliminarmente determinado, el mismo que está sometido al SNCP. Por lo tanto, las EP están sujetas a un régimen especial de contratación que es el giro específico del negocio, que prevé la facultad a favor de la sociedad para dictar sus propios procedimientos precontractuales para la adquisición bienes y servicios que se relacionen con el objeto social de la sociedad.

El objeto del régimen especial, entonces, consiste en que las EP puedan determinar mecanismos flexibles, eficientes y dinámicos para la contratación de los bienes y servicios que son necesarios para su giro del negocio. Es por ello que este régimen especial debería ser extraído de las disposiciones referentes a los procesos precontractuales comunes en la LOSCNP aplicables a otras entidades de derecho público.

Empero, se puede observar que en la normativa actual ecuatoriana existen una serie de requisitos precontractuales aplicables a los procedimientos comunes, que se hacen extensibles a las contrataciones por giro específico del negocio en virtud de los principios consagrados en la LOSNCP. En particular, el presente trabajo ha abordado: la inclusión de las contrataciones por giro específico del negocio en el PAC, utilización del SOCE para la publicación de los documentos relevantes para la contratación, la obtención del RUP para los proveedores, la aplicación de criterios de preferencia nacional como el VAE o la solicitud de estudios de desagregación tecnológica, y la utilización de criterios de subcontratación de MYPES y AEPYS.

Referidos requisitos han sido regulados a través de resoluciones emitidas por el SERCOP haciendo caso omiso a lo previsto por la Ley de Contratación y su Reglamento que expresamente dispone que las contrataciones por giro específico estarán a lo dispuesto por el reglamento que la entidad dicte para el efecto, sin ser aplicables las normas de la LOSCNP en lo que respecta al proceso precontractual. En consecuencia, la contratación por giro específico

en la actualidad demanda de una serie de requisitos a cumplir debido a la sujeción y observancia de los principios que rigen el SNCP, disposiciones de la LOSCNP su Reglamento y a las Resoluciones emitidas por el SERCOP.

En la práctica las EP con excusa de utilizar el modelo del reglamento emitido por el SERCOP, se limitan a expedir reglamentos análogos extralimitándose en sus facultades, regulando aspectos contractuales. O simplemente, la sujeción de este régimen genera que se establezcan disposiciones que no se adaptan con la realidad comercial de la EP ni pretenden implementar mecanismos de dinámicos, flexibles o eficientes para contribuir con la rentabilidad de la EP.

El presente trabajo no constituye ni un estudio de eficiencia de empresas públicas, ni pretende presentar reformas de derecho económico ni público para mejorar el funcionamiento de las empresas; únicamente se ha limitado a exponer los principales obstáculos que existen en el giro específico del negocio como proceso de contratación previsto para las empresas públicas en la legislación nacional. Por ello, considero ineludible resaltar que las empresas públicas son sujetos económicos que intervienen en mercados competitivos y enfrentan necesidades institucionales que requieren optimizar su rentabilidad y eficiencia; y, por consiguiente, deberían estar sujetos a mecanismos de adquisición de bienes y servicios flexibles adaptados a su realidad y procurando una mejor aplicación práctica. Esto debe ser revisado por las autoridades gubernamentales dado que las pérdidas económicas que estas dificultades pueden ocasionar en las EP afectan al presupuesto del Estado y al país en general.