



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

La potestad de las empresas públicas en aplicación del derecho público en los procesos de contratación en el Ecuador.

AUTORES:

Pita Vera Gema Anaiz

Maldonado Castillo Néstor Iván

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de ABOGADO DE LOS TRIBUNALES
Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TUTOR:

Ab. Romero Oseguera, Diego José, Mgs.

Guayaquil, Ecuador

2 de septiembre de 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Pita Vera, Gema Anaiz y Maldonado Castillo, Néstor Iván** como requerimiento para la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

TUTOR

f._

FIRMA DEL PROFESOR

Ab. Romero Oseguera, Diego José, Mgs.

DIRECTOR DE LA CARRERA

f._

PhD. Nuria Perez Puig – Mir.

Guayaquil, 2 de septiembre del 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Nosotros, **Pita Vera, Gema Anaiz**
Maldonado Castillo, Néstor Iván

DECLARAMOS QUE:

El Trabajo de Titulación, **La Potestad de las Empresas Públicas en Aplicación del Derecho Público en los Procesos de Contratación en el Ecuador**; previo a la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, 2 de septiembre del 2023

LOS AUTORES

f.

Pita Vera, Gema Anaiz

f.

Maldonado Castillo, Néstor Iván



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Nosotros, **Pita Vera, Gema Anaiz**
Maldonado Castillo, Néstor Iván

Autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La Potestad de las Empresas Públicas en Aplicación del Derecho Público en los Procesos de Contratación en el Ecuador**; cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 2 de septiembre del 2023

LOS AUTORES

f.

Pita Vera, Gema Anaiz

f.

Maldonado Castillo, Néstor Iván

REPORTE UNKURD

URKUND ➔ Abrir sesión

Documento [TRABAJO DE TITULACIÓN IVAN MALDONADO Y GEMA PITA.docx](#) (D173301837)

Presentado 2023-08-31 13:39 (-05:00)

Presentado por gema.pita@cu.ucsg.edu.ec

Recibido diego.romero04.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje RE: Trabajo de Titulación Maldonado y Pita [Mostrar el mensaje completo](#)

6% de estas 20 páginas, se componen de texto presente en 11 fuentes.

| Lista de fuentes | Bloques |
|------------------|---|
| Categoría | Enlace/nombre de archivo |
| + | UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR / D... |
| + > | Universidad San Gregorio De Portoviejo / ... |
| + | Universidad Técnica Particular de Loja / D... |
| + | https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream... |
| + | UNIVERSIDAD DE CUENCA / D152369450 |

TUTOR

f.



FIRMA DEL PROFESOR

Ab. Romero Oseguera, Diego José, Mgs.

AUTORES

f.



Pita Vera, Gema Anaiz

f.



Maldonado Castillo, Néstor Iván



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f.

PhD. NURIA PEREZ PUIG-MIR.

DIRECTORA DE CARRERA

f.

Ab. DIEGO JOSÉ ROMERO OSEGUERA, Mgs.

DOCENTE DE TITULACION

f.

Ab. MARÍA PATRICIA ÍÑIGUEZ, Mgs

OPONENTE

INDICE

| | |
|---|----|
| RESUMEN | IX |
| ABSTRACT | X |
| INTRODUCCIÓN | 2 |
| CAPITULO 1..... | 3 |
| 1.- La contratación pública y el Estado | 3 |
| 1.1.- Generalidades de la Empresa Pública | 4 |
| 1.2.- La contratación pública en Ecuador | 7 |
| 1.3.- La ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública..... | 8 |
| • Legalidad..... | 10 |
| • Trato Justo..... | 11 |
| • Igualdad..... | 12 |
| • Calidad..... | 12 |
| • Vigencia tecnológica | 13 |
| • Oportunidad..... | 13 |
| • Concurrencia | 13 |
| • Transparencia..... | 14 |
| • Publicidad | 14 |
| • Participación Nacional..... | 15 |
| • Eficiencia..... | 15 |

| | |
|---|----|
| • Responsabilidad Ambiental y Social | 15 |
| • Planificación | 15 |
| CAPITULO 2 | 16 |
| 2.- Marco normativo de las empresas públicas en Ecuador | 16 |
| 2.1 Legislación sobre contratación pública y su relación con empresas públicas. | 18 |
| 2.2 Autonomía y poder de las empresas públicas en los procesos de contratación. | 21 |
| 2.3 Procedimientos precontractuales | 23 |
| 2.4 Regulación de las empresas públicas y contratación en España y Colombia. | 25 |
| Conclusiones | 30 |
| BIBLIOGRAFIA | 32 |

RESUMEN

Este trabajo de titulación se enfoca en analizar en el ejercicio de la potestad de las empresas públicas en la aplicación del derecho público durante los procesos de contratación en Ecuador.

Este estudio emerge en un contexto por la importancia que tienen las empresas públicas o estatales en la economía ecuatoriana y su papel en la ejecución de proyectos públicos. Revisamos los fundamentos teóricos y legales de las empresas públicas en el Ecuador, haciendo énfasis en su función como herramientas para lograr los objetivos de interés público y sus conexiones con el derecho administrativo y el derecho de contratación pública; también, se aborda el marco normativo que rige los procesos de contratación en Ecuador, haciendo énfasis en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y sus reglamentos, así como en la Constitución de la República, que establece los principios de legalidad, transparencia y eficiencia en la gestión pública.

La parte principal de este trabajo se centra en el análisis de la potestad de las empresas públicas en la toma de decisiones durante los procesos de contratación, los procesos precontractuales y la autonomía que tienen las empresas públicas al momento de la contratación pública.

Finalmente, se presentan conclusiones que destacan la relevancia de clarificar los límites de la potestad de las empresas públicas en la aplicación del derecho público en los procesos de contratación. Se resalta la importancia de garantizar la transparencia, la legalidad y la eficiencia en la gestión de recursos públicos a través de un marco normativo claro y de mecanismos efectivos de control.

Palabras claves: Contratación Pública, Empresas Públicas, Derecho Público, recursos públicos, transparencia.

ABSTRACT

This degree work is focused on analyzing the exercise of the power of public companies in the application of public law during contracting processes in Ecuador.

This study emerges in a context of the importance of public or state-owned enterprises in the Ecuadorian economy and their role in the execution of public projects. We review the theoretical and legal foundations of public enterprises in Ecuador, emphasizing their role as tools to achieve public interest objectives and their connections with administrative law and public procurement law; also, we address the regulatory framework governing procurement processes in Ecuador, emphasizing the Organic Law of the National Public Procurement System and its regulations, as well as the Constitution of the Republic, which establishes the principles of legality, transparency and efficiency in public management.

The main part of this paper focuses on the analysis of the power of public companies in decision-making during the contracting processes, the pre-contractual processes and the autonomy that public companies have at the time of public contracting.

Finally, conclusions are presented that highlight the relevance of clarifying the limits of the power of public companies in the application of public law in contracting processes. The importance of guaranteeing transparency, legality and efficiency in the management of public resources through a clear regulatory framework and effective control mechanisms is highlighted.

Key words: Public Procurement, Public Enterprises, Public Law, public resources, transparency.

INTRODUCCIÓN

La potestad de las empresas públicas en la aplicación del derecho público en los procesos de contratación en Ecuador tiene mucha importancia en el ámbito jurídico y administrativo, por lo que resulta primordial analizar y entender el alcance y las implicaciones de esta potestad, además de la relación que guarda con el derecho público y los procesos de contratación.

Las empresas públicas, son entidades a las que la ley faculta de una serie de poderes y prerrogativas por el hecho de realizar actividades económicas, por eso su capacidad de celebrar contratos y realizar procesos de contratación, que definitivamente deben respetar las normas y principios del derecho público.

El derecho público establece normas y principios que son de estricto cumplimiento para las entidades públicas en ejercicio de sus funciones, cuando existen relaciones de índole comerciales entre el Estado y particulares; en el caso de contrataciones, establece procedimientos y requisitos que garantizaran la transparencia, igualdad de oportunidades y la eficiencia en la contratación pública.

En este marco, es menester analizar la aplicación del derecho público en los procesos de contratación de las empresas públicas, sabiendo que estas tienen la responsabilidad de manejar correctamente recursos públicos, con el que deben cumplir con los fines y objetivos del Estado; es importante también, analizar las restricciones o limitaciones que puedan existir para las empresas públicas buscando la protección de los intereses públicos y la legalidad.

De modo que, el estudio de la potestad de las empresas públicas en la aplicación del derecho público en los procesos de contratación nos ayudará a entender la forma como las entidades públicas cumplen sus funciones acorde a los principios y normas establecidos en el marco jurídico.

CAPITULO 1

1.- La contratación pública y el Estado

El hombre desde sus principios se ha enfrentado a dos realidades; la primera, la física que está constituida por la naturaleza; y la segunda, una social producida por la humanidad, esto con el paso del tiempo surgió la sociedad, y hay tantas sociedades como manifestaciones de la raza humana. Cada sociedad implica una variedad de componentes, incluidos los religiosos, artísticos, científicos y políticos. Es el componente político de la sociedad el que da origen al Estado, que se desarrolla como el acuerdo de personas que han formado una organización que debe asegurar el bien común y para lo cual se le ha otorgado un poder público, con el fin de hacerlo. Es decir, se trata de una relación ciudadano-Estado que se basa en un ordenamiento jurídico que se sustenta en leyes elaboradas por el propio Estado a través de su función legislativa; estas funciones se refieren principalmente a la función ejecutiva del gobierno. El ejecutivo se encarga de gestionar el Estado a través de la administración pública, lo que denota la realización de declaraciones de voluntad, la firma de contratos y el control de los recursos públicos.

De las funciones antes mencionadas, le corresponde al ejecutivo administrar el Estado por medio de la administración pública, de la cual, infieren declaraciones de voluntad, celebración de contratos, gestión de recursos públicos. Al Estado le corresponden responsabilidades como el desarrollo sostenible, que incluye la prestación de servicios y la construcción y mantenimiento de instalaciones públicas; Es por eso que el régimen de desarrollo busca crear un sistema económico productivo, justo, democrático, solidario y sustentable, y para lograr este objetivo, el Plan Nacional de Desarrollo, a cargo de la Secretaría Técnica de Planificación, incluye una nueva relación entre los actores públicos políticas, garantizando los derechos y objetivos de desarrollo, de modo que para satisfacer las necesidades de los ciudadanos debe haber un uso adecuado

de los recursos públicos, es decir, solo debe servir, y no servir, al beneficio individual (Leiva et al., 2018).

La contratación pública tiene lugar cuando existe una relación contractual entre organismos gubernamentales y personas naturales o jurídicas, ya sea del sector público o privado. También podemos definirlo como cualquier declaración bilateral o voluntad común que produzca un efecto jurídico entre dos personas, una de las cuales tiene una función administrativa, que puede ser el desempeño de un trabajo o la prestación de un servicio público, y cuyo propósito es promover intereses y satisfacer necesidades comunes.

1.1.- Generalidades de la Empresa Pública

La existencia de una empresa, gira en torno al concepto de comerciante o empresario, definiéndose éste en razón de su actividad. Cabe indicar que detrás del empresario está la figura de la empresa como unidad organizativa, forma de desarrollo de la actividad empresarial. En este sentido la empresa es la creación del empresario y así mismo. En sí la empresa es una organización de bienes y servicios destinada a la realización de un fin determinado y significa en sentido subjetivo, una manera de desarrollar la actividad económica la cual se basa en la participación o distribución de bienes o servicios a través de una unidad organizativa de medios materiales y personales.

Dicho esto, cabe señalar que las empresas públicas son personas jurídicas que son propiedad del Estado de acuerdo con las condiciones establecidas por nuestra Carta Magna, son personas jurídicas de derecho público, por lo que este concepto gira en torno a dos elementos: la existencia de una empresa y el adjetivo lo mismo que el público.

La doctrina francesa ha venido negando la condición de empresario o comerciante al Estado y entidades locales territoriales, por la razón que sus objetivos institucionales son muy distintos al progreso de una actividad comercial o industrial, catalogando a ésta de simplemente accesoria. Por tales motivos a finales del siglo XIX aún se discutía aquella doctrina el que dichas

entidades, que no se consideraban comerciantes, pudieran, realizar actividades de comercio, pero fue aceptado en el siglo XX ante la realidad del fenómeno intervencionista.

Es importante tener en cuenta la adjetivación de la empresa como pública, ya que determinados sectores doctrinales ligan el carácter de pública al hecho de la titularidad de la actividad por un ente público, con lo que excluyen a las denominadas empresas públicas bajo formas jurídico-privadas -como pasaba en nuestro país con las S.A. de capital público- ya que en esa doctrina se parte de la necesidad de que el empresario, tiene que ser un ente público. Así mismo, refiriéndonos de persona jurídica-pública se puede indicar que vinculan la atribución de la condición de empresario de un ente público a que éste sea una persona jurídica autónoma, es decir, muy diferente del Estado, y a ello va unida la necesaria autonomía organizativa, patrimonial y de gestión propia de aquella condición.

Por esta razón es que la Administración Pública interviene en el conjunto de la actividad económica para que se lleve a cabo la prestación de algún servicio público o concurriendo con el sector privado en la aportación de bienes y servicios al mercado. El bastidor jurídico al que está sometida la Administración no permite que se desarrollen las actividades empresariales adecuadas, es la severidad del Derecho Administrativo la que no facilita la actuación en el tráfico mercantil, mismo que requiere agilidad en el desarrollo de los negocios. Por esto se acuda a instituciones del Derecho Privado ya que a través de estas los poderes públicos puedan desarrollar determinadas actividades económicas como empresarios.

Las formas públicas y privadas no pueden cohabitar dentro del Estado, ya que esto implicaría rebrotar la vieja doctrina de la doble personalidad del Estado. Por esto se propone acudir al criterio de la titularidad de la totalidad del capital de la empresa, para atribuirle carácter estatal y así solucionar el obstáculo que ello representa.

La empresa pública es una de las formas jurídicas a través de las cuáles se organiza e instrumentaliza la iniciativa pública en la economía. Se trata de una técnica o

modelo de auto organización a través de la cual las Administraciones Públicas llevan a cabo la potestad discrecional prevista en la propia constitución para intervenir en el mercado. (Oliva, 2013, citado por Sandoval, 2015)

Uno de los temas donde confluyen las más variadas concepciones terminológicas es el que versa sobre las entidades administrativamente descentralizadas y las empresas estatales que actúan bajo distintas formas jurídicas, siendo este proceso el que puede advertirse como fuerza de la realidad que ha desplazado todo el rigorismo de la concepción tradicional y que se caracterizaba por formas puras de organización administrativa, con regímenes jurídicos netos. (Cassagne, citado por Sandoval, 2015)

El Derecho Constitucional Económico está “directamente determinado por el fenómeno de la socialización cuyo instrumento principal en nuestros tiempos es la intervención del Estado en la compañía.” (Lojendio e Irure, 2003, citado por Sandoval, 2015)

Esta sucesión de socialización ha sido conocido como el paso del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho que es reconocido en el Derecho Constitucional contemporáneo.

La diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho radicaría, en que el primero atiende sólo a la vertiente formal del principio de igualdad y prescinde de las relaciones sociales de poder mientras que para el segundo lo decisivo ha de ser la igualdad en sentido material, por lo que tiene la obligación, atendiendo a las relaciones sociales de poder de corregir desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten efectivamente con una libertad y protección judicial equivalentes a los socialmente favorecidos. (Parejo, 1983, citado por Sandoval, 2015)

Respecto a la economía, los poderes públicos pueden participar en la actividad económica en concurrencia y competencia con el sector privado, y así mismo, cuando hay que prestar servicios necesarios a la sociedad que el sector privado no brinda. Pues el Estado no se limita a dictar normas reguladoras de la actividad económica, sino que, participa en ella como un agente económico más.

La Administración Pública con los poderes y recursos que cuenta es fácil llevar a cabo procederes como, disponer de subvenciones o caer en pérdidas, que distorsionen las reglas de la libre competencia. La intervención de la Administración como agente económico puede llevarse a cabo por diferentes cauces: en ciertos casos, sometida al Derecho Público, y en otro aplicando instituciones del Derecho Privado. De cualquier manera, la actividad económica de la Administración Pública está dirigida a servir con objetividad los intereses generales, por lo que se ha de desarrollar de tal manera que no resulte forzado el funcionamiento del mercado y respetando el juego de la libre competencia.

Como resultado, las actividades que lleva a cabo el Estado a través de entidades que asumen distintas formas jurídicas pueden reflejarse en dos grupos relativamente delimitados: a) personas jurídicas públicas; y, b) personas jurídicas privadas.

1.2.- La contratación pública en Ecuador

La primera ley de contratación pública en el Ecuador fue la Ley de Finanzas, vigente desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX, la cual fue reemplazada por la Ley de Oferta y Licitación de 1976. Posteriormente comenzó a regir la Ley de Contratación Pública de 1990, codificadas en 2001 y derogadas por la LOSNCP, y sus respectivos reglamentos. Por otro lado, para la prestación de servicios por parte de consultores especializados, en 2004 se codificó la Ley de Consultas de 1989, la cual, junto con su reglamento, fue derogada por la actualmente promulgada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas.

Cabe señalar que, en el caso de Ecuador, la ley derogada y la normativa vigente del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas no se referían a contratos de concesión u otras formas de delegación, que entonces se regían por la Ley de Modernización del Estado; delegación, ya sea a través de concesiones, autorizaciones, permisos, asociaciones, alianzas estratégicas, u otras formas, las cuales actualmente pueden estar sujetas a diversas leyes.

Podemos concluir que el surgimiento de la LOSNCP es un soplo de aire fresco para las contrataciones públicas en el Ecuador, pues en busca de modernidad y dinamismo, introduce nuevas variantes de contratación, especialmente el uso de equipos de cómputo, lo que permite unificar todos los trámites. , tanto para organismos públicos como para empresas privadas que utilizan recursos públicos.

1.3.- La ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

En los últimos años, nuestro país atravesó momentos que afectaron específicamente a la contratación pública; ya que los alborotos sobre actos de corrupción en los procesos de contratación eran denunciados con mucha frecuencia, los cuales se originaron, por la falta de planificación y de políticas públicas, donde claramente los resultados reflejaban un desperdicio de recursos públicos que causaban grandes pérdidas para el Estado. Ante lo suscitado, nace la necesidad de estructurar una normativa que permita transparentar y que regule todos los procedimientos que efectúe la Administración pública respecto de sus contrataciones.

Por tal motivo, se promulga la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas (2008); el mismo que introduce cambios valiosos en el ordenamiento jurídico que propone el uso de nuevas tecnologías; un cambio extremo en la lógica de contratación pública que había estado vigente durante muchos años; Establecer normas legales que promuevan una mayor participación equitativa de los proveedores; Además, se crea la Autoridad Reguladora, que propone un cambio en el concepto de contratación pública, por lo que la sociedad moderna debe adaptarse al sistema de globalización. Establecimiento del nuevo sistema nacional de

adquisiciones públicas, denominado “Contratación Pública”, para que los organismos o agencias públicas cuenten con anticipación en planificación, programación, gestión y recursos para llevar a cabo todas las adquisiciones de bienes, servicios incluyendo asesoría y ejecución de obras requeridas por organismos y corporaciones públicas.

LOSNCP pretende que el proceso de contratación se lleve a cabo de tal manera que las políticas públicas puedan integrarse en la contratación; y, afirmó que las adquisiciones deben realizarse mediante procedimientos que sean rápidos, transparentes y eficientes. El sistema nacional de adquisiciones públicas está integrado por el Servicio Nacional de Contrataciones Públicas y otros organismos e instituciones públicas que desempeñan funciones en las áreas de presupuestación, planificación, control y adquisiciones públicas. El Servicio Nacional de Contrataciones Públicas -SERCOP- es el ente regulador en materia de adquisiciones y entre sus atribuciones encontramos, en el artículo 10 numeral 5 de la LOSNCP, una atribución del SERCOP a saber “desarrollar y administrar el sistema legal de adquisiciones públicas en el Ecuador, GENERAL ADQUISICIONES, y establecer políticas y disposiciones para el uso de la información y dispositivos electrónicos del sistema”, las cuales son de cumplimiento obligatorio para todas las entidades mencionadas en la ley.

La LOSNCP, vigente desde hace varios años, tiene una visión integral de la contratación pública, que incluye la planificación relacionada con el presupuesto de cada empresa, el mantenimiento de un registro unificado de proveedores, la simplificación, modernización, control y seguimiento de los procedimientos y, por supuesto, Promoviendo la producción nacional, el involucramiento de las MIPYMES y actores de la economía nacional y solidaria, así como la inclusión de mecanismos asociativos.

1.4.- Principios de la contratación pública

Estos principios son necesarios para la correcta aplicación de la Ley y los contratos que deriven de ella, es decir, todos los procedimientos de contratación pública y los contratos administrativos deben cumplir con estos principios.

El artículo 4 de la LOSNCP (2008), establece "Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella se deriven, se observarán los principios de legalidad, equidad de trato, igualdad, calidad, vigencia de la tecnología, oportunidad, aprobación, transparencia, publicidad; y se debe considerar la participación nacional."

A continuación, detallaremos brevemente estos principios:

- **Legalidad**

Esta palabra, proviene de las palabras *legalis* o *legale* que significan todo aquello que va conforme a la ley, es decir todo precepto dictado por una autoridad competente, permiten determinadas acciones, actos o circunstancias, o, también las prohíben, cuando son contrarias a la orden pública (Ochoa & Delgado, 2019).

Este es un principio con el que, mediante su vinculación, han limitado jurídicamente al poder mediante, por eso se encuentra en todas las Constituciones, es así que (Garrorena, 1980, p.71 y ss) nos dice que el principio de legalidad precede de la ley en la creación del Derecho, dicho de una forma más genérica, la Administración Pública está sujeta a la ley.

La expresión clásica del principio de legalidad supone que la ley es fundamento de toda actuación administrativa, siendo vinculada a todas las actuaciones de la administración, limitando, por lo tanto, a la Administración Pública a solo poder actuar cuando exista una ley habilitante (Orbegoso, 2020).

El Derecho Administrativo se ha visto presionado a realizar cambios en su estructura dejando de lado el positivismo puro y tomando al ser humano como eje central, incorporando un bloque de legalidad buscando una administración eficiente y garantista, sin dejar de lado la ley, mucho menos intentando suplantarla.

Con la implementación del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se genera la transición del principio de legalidad al de juridicidad que da como resultado una combinación de legitimidad formal y material.

En Ecuador, el Código Orgánico Administrativo (2019), suscribe el Principio de Juridicidad en el artículo 18, el cual dicta:

Los organismos que conforman el sector público deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias. El ejercicio de las potestades discrecionales observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad.

Es decir que además del principio de legalidad, también se debe aplicar el principio de juridicidad; con estos principios se reconocen y se garantizan los derechos fundamentales - reconocidos en el ordenamiento jurídico- de los administrados en cualquier acto administrativo.

- **Trato Justo**

La conceptualización de este principio dependerá de varios factores, ya sean sociales, económicos, culturales, etc. Es así que, por ejemplo, en materia de consumidor, es un elemento rector de materia de protección al consumidor, en materia de inversión extranjera, hace parte de los principios generales del derecho internacional público, también ha sido materia de interpretaciones arbitrales por tribunales de arbitraje en materia de inversiones, donde se ha denominado que este principio conlleva, debido proceso, denegación de justicia, ausencia de

arbitrariedad, legítimas expectativas y transparencia en las actuaciones del Estado (Corredor et al., 2021).

Sin embargo, según el Manual de Buenas Prácticas en Contratación Pública (2015):

Es derecho de todos los actores del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, a entregar a cada uno lo que le conviene, y a establecer un equilibrio en la relación precontractual, contractual y de desempeño entre la entidad contratante y el proveedor. , evitar perjudicar los intereses del Estado, e impedir que los funcionarios públicos actúen con base en la discrecionalidad o la subjetividad. Trato justo significa que la relación entre las partes se da de manera transparente, ética y moral. (pág.38).

Es decir, obliga a toda la administración, que tiene derecho a adjudicar los contratos, a no tratar de forma diferente a los participantes, garantizando que las reglas del juego serán las mismas para todos, salvo que exista alguna justificación objetiva en las especificaciones técnicas, y da paso a la exclusividad (Herrera, 2020).

- **Igualdad**

Siguiendo este precepto, y de acuerdo con el Manual de Buenas Prácticas en Contratación Pública (2015), la igualdad obliga a todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública a garantizar que todos los oferentes tengan igualdad dentro de un procedimiento de contratación, asegurando que no exista conducta discriminatoria, no favoreciendo así a unos en detrimento de otros. Este precepto está recogido en la Constitución de la República del Ecuador (2008), que establece que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos.

- **Calidad**

Este principio apunta a satisfacer las necesidades públicas, directa o indirectamente, con obras, bienes y servicios, pero con los más altos estándares y calidades para lograr la

satisfacción necesaria. En consecuencia, dependerá de una adecuada preparación del contrato, con especificaciones técnicas o términos de referencia, como requisitos para asegurar que la contratación cumpla con este principio (Herrera, 2020).

Según la definición de calidad del Manual de Buenas Prácticas en Contratación Pública (2015), “La contratación pública debe ser una forma a través de la cual la entidad contratante debe asegurar la calidad tanto del gasto público, al realizarse de manera eficiente y efectiva, como de la objeto de la contratación, mediante el cumplimiento de las normas que mejor aseguren el cumplimiento de los objetivos que se persiguen con dicha contratación.”

- **Vigencia tecnológica**

El Estado pretende poner la información a disposición de todos de forma libre y transparente, y el Manual de Buenas Prácticas en Contratación Pública (2015) señala que este principio ayuda a simplificar los procedimientos de contratación legalmente requeridos.

- **Oportunidad**

Según el Manual de Buenas Prácticas en Contratación Pública de 2015:

“Todos los procedimientos de contratación pública deben realizarse con prontitud y eficacia, atendiendo a las necesidades de las entidades contratantes y respetando el cronograma establecido. Para ello es necesario contabilizar el lucro cesante en las inversiones públicas y obtener un mayor rendimiento de los recursos estatales”.

De acuerdo a esto, las administraciones públicas en general deben procurar que los procedimientos se realicen de manera oportuna, ágil y de manera eficiente para poder satisfacer los requerimientos de las empresas contratantes.

- **Concurrencia**

La participación de la mayor cantidad de proveedores en un proceso de contratación, garantiza la competencia y el derecho que tienen los miembros de la sociedad a ser proveedores

del Estado, considerando que, mientras más ofertas se presenten en un proceso, más opciones tendrán los administradores para poder elegir la mejor propuesta. Por lo tanto, este principio, es un mecanismo útil y conveniente para el Estado.

- **Transparencia**

El Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública (2015) nos dice que es un principio de importancia, por eso se encuentra en la Constitución, ya que busca garantizar que las actividades y gestiones de la Administración Pública sean realizadas bajo la moral y la ética, bajo la honestidad, la justicia y de manera imparcial.

De acuerdo a Aljure (2016) en su trabajo Normatividad y jurisprudencia sobre el principio de transparencia en la contratación pública, cita a Matallana (2015), que dicta “la transparencia es un principio que basa su objeto en el correcto actuar de la administración pública, buscando optimizar la actividad contractual del Estado con medidas que apuntan a la eficiencia”, de manera que este principio debe estar presente en todas las relaciones contractuales del Estado.

Puede considerarse como un principio rector para el crecimiento de la actividad administrativa porque es un principio fundamental que abarca los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control (Gutiérrez, 2015).

- **Publicidad**

Un principio que permitirá difundir ampliamente un proceso, permitiendo que más proveedores interesados se postulen y participen. Según el Manual de Buenas Prácticas en Contratación Pública, una buena práctica implica tener buena publicidad antes de la adjudicación, publicidad de la convocatoria y publicidad posterior a la adjudicación del contrato. Este principio permite dar a conocer el o los procesos en todas sus etapas, ya sea a los interesados, así como a la sociedad en general, formando la información en propiedad pública y gratuita.

- **Participación Nacional**

En la contratación pública se maneja una gran cantidad de recursos económicos, por lo que este principio tiene como finalidad fomentar la productividad y la economía nacional, por medio de la participación de productos y servicios nacionales, con esto se apoya al crecimiento de las micro y pequeñas empresas (Gutiérrez, 2015).

Los extranjeros solo podrán participar en los procesos de contratación pública, en los casos que no exista capacidad o experiencia en los consultores ecuatorianos, caso contrario, la prioridad siempre será de los nacionales.

- **Eficiencia**

La eficiencia se define como la "capacidad de lograr los resultados deseados con los mínimos recursos posibles" en el diccionario de la lengua española. Esta definición se alinea con el Manual de Buenas Prácticas en Contratación Pública (2015), que afirma que este principio implica obtener los mejores resultados ahorrando recursos, como humanos, costos, materiales, tecnológicos y financieros.

- **Responsabilidad Ambiental y Social**

De acuerdo con este principio, todos –personas naturales, jurídicas, naciones y cualquier ser humano– son responsables de cualquier daño ecológico que pueda causarse a otras especies, a la naturaleza o a las generaciones futuras (Manual de Buenas Prácticas en Contrataciones Públicas, 2015). Esta responsabilidad se relaciona con el impacto ecológico que las acciones o inacciones de los individuos puedan tener.

- **Planificación**

La clave para que las instituciones públicas funcionen de manera correcta, y no den oportunidad a la discrecionalidad de los funcionarios; la falta de una planificación puede llevar al desperdicio y pérdida de recursos públicos (Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública, 2015)

CAPITULO 2

2.- Marco normativo de las empresas públicas en Ecuador.

En el Ecuador la Norma reguladora de la aplicación del Sistema Nacional de contratación pública es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008). Esta ley, establece los principios antes detallados y normas, mismos que regulan los procedimientos de contratación para el apropiamiento o canon de bienes, prestación de servicios, ejecución de obras, etc. Esta ley establece un control minucioso de todos los procesos de contratación de forma articulada entre los distintos procesos precontractuales como selección de ofertas, contractuales como en lo referente a los procesos de ejecución y la evaluación de resultados y controles posteriores. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) busca:

- a) Transparencia en los procesos de contratación, restricción de la discrecionalidad.
- b) Participación nacional y local preferente.
- c) Democratización de la participación.
- d) Eliminación de Informes previos, mas no del control.
- e) Celeridad con procedimientos preferentemente electrónicos en apoyo al desarrollo del país.
- f) Ahorro y empleo eficiente de los recursos públicos a través de una aplicación técnica de la formulación de presupuestos de contratación.
- g) Intensificación de la economía nacional a través de la preferencia a los productos de fabricación nacional, por lo tanto, la reducción del consumo de equipos importados adquiridos por las entidades contratantes.
- h) Acrecentamiento del mundo de actores ofertantes en la contratación pública, priorizando a las micros, pequeñas y medianas empresas, en este orden específico.

Es importante señalar que esta ley se basa en el Reglamento General, que tiene como objetivo la creación e implementación de la LOSNCP, y que ambos actúan para crear la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas (2008), que se requiere que se aplique a las siguientes entidades según lo establecido en su Artículo 1.

- Organismos y Agencias Dependientes de las Funciones del Estado.
- Las entidades electorales.
- Organismos encargados de la regulación y control.
- Los organismos que integran el Régimen Seccional Autonómico.
- Los organismos y organizaciones establecidos por la Constitución o la Ley para desempeñar funciones gubernamentales, ofrecer servicios públicos o promover los intereses económicos del Estado.
- Personas jurídicas constituidas mediante acto legislativo sección para prestar servicios públicos.
- Corporaciones, organizaciones benéficas o sociedades civiles.
- Las empresas comerciales, cualquiera que sea su lugar de origen, creación o constitución, que posean o administren bienes, fondos, valores, acciones, participaciones, bienes, rentas, ganancias, excedentes, subsidios y todos los demás derechos que pertenecen al Estado y sus instituciones, cualquiera que sea su procedencia, incluidas las provenientes de préstamos, donaciones y entregas que se hagan bajo cualquier otro título y se hagan a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital esté constituido, al menos, por el 25% de dichos activos.

El objetivo principal de LOSNCP es producir:

Sistema de Contrataciones Públicas que unifica y coordina a todas las instancias, organizaciones y grupos involucrados en la planificación, programación, presupuestación,

gestión y ejecución de la compra de bienes y servicios, así como la ejecución de obras públicas que sean financiadas por el público en general.

Esta ley fue diseñada como una herramienta para ayudar al Sistema Nacional de Contratación Pública a transformar la contratación pública en un componente dinámico de la producción nacional y garantizar que el gasto público sea de alta calidad y se lleve a cabo en línea con el Plan Nacional de Desarrollo.

2.1 Legislación sobre contratación pública y su relación con empresas públicas.

Con la LOSNCP se aplica el Régimen Especial de Contrataciones, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Ley “Régimen Especial.- El procedimiento precontractual para las siguientes adquisiciones se sujeta a normas especiales dictadas por el Presidente de la República en el Reglamento General de esta Ley, con criterios de selectividad”, por lo que dicha figura es posible para las empresas públicas, así como para las contrataciones entre empresas mixtas y empresas estatales, según lo estipula el número 8 del mismo artículo.

Constituidas por el Estado con organismos del sector público, estos últimos entre sí, o con empresas públicas o cuyo capital invertido sea al menos el cincuenta (50%) por ciento en personas jurídicas públicas o sus filiales; y compañía entre ellos.

Asimismo, los contratos celebrados por organismos del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital emitido sea propiedad de al menos el cincuenta (50%) por ciento de personas jurídicas públicas, o sus filiales, con sociedades en las que participen los Países de la Comunidad Internacional. al menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus filiales; y empresas establecidas por empresas de economía mixta donde el Estado ha delegado la administración o gestión a socios del sector privado.

En este punto, el régimen especial previsto para las empresas públicas o cuyo capital suscrito pertenezca al menos en un cincuenta (50%) a corporaciones públicas o sus filiales se

aplica únicamente al giro específico; En lo que se refiere a la actividad empresarial conjunta, se aplica la regulación conjunta prevista en esta ley.

En este contexto, el artículo 103 numeral 1 de la Ordenanza sobre la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009) establece que las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca al menos en un cincuenta por ciento a organismos públicos estarán sujetas a lo dispuesto en el artículo 104 de esta ley; El artículo 104 del Reglamento establece que las empresas públicas deberán realizar el trámite a través de sus autoridades supremas o sus delegadas y presentar la solicitud al SERCOP para que determine la celebración del contrato correspondiente al giro específico y común de la empresa de que se trate, mientras cumpliendo con los requisitos especificados por la normatividad del Director General del SERCOP.

Las Empresas Públicas tienen capacidad asociativa para que puedan cumplir con su finalidad empresarial, de manera extensa el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (2009) nos indica lo siguiente:

Las empresas estatales tienen capacidad asociativa para cumplir sus metas y objetivos empresariales y por ende cumplir los contratos necesarios, para lo cual pueden formar asociaciones de cualquier tipo, alianzas estratégicas, empresas de economía mixta con el sector público o privado a nivel nacional o internacional. . o el sector de la economía popular y solidaria en el marco de lo establecido en el artículo 316 de la Constitución del Ecuador (2008).

De conformidad con lo previsto en el artículo 316 de la Constitución del Ecuador (2008), la empresa pública que haya constituido una empresa mixta para la gestión de sectores estratégicos o prestación de servicios públicos deberá tener la mayoría de la participación accionaria en la empresa de economía mixta constituida. La empresa pública podrá contratar la administración y gestión de la empresa, sea ésta pública o mixta.

La empresa pública podrá participar en éstas con un porcentaje no mayoritario, de conformidad con el artículo 316 de la Constitución y la ley.

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.

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

Para el caso de empresas públicas encargadas de la gestión del agua, se estará a lo dispuesto en el Artículo 318 de la Constitución de la República.

De acuerdo a lo mencionado, se produce la posibilidad de que puedan integrar cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del artículo 316 de nuestra Carta Magna.

Por otra parte, en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establece el Régimen Especial de Contratación, mismo al que se pueden sujetar las Empresas Públicas en el Ecuador en el caso de existir contratos o convenios asociativos con otras sociedades o personas jurídicas, y se dispone, que sean los documentos de convenio o societarios los que estipulen -en los diversos casos- la forma y procedimientos para la contratación.

Para la clasificación de socios privados en la constitución de empresas de economía mixta, teniendo en cuenta el principio de transparencia, y es que la ley establece la obligatoriedad de realizar concurso público, y además, para perfeccionar el acto societario de asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio de cada Empresa Pública; en esta ley podemos encontrar una apertura para que las Empresas

Públicas ecuatorianas puedan asociarse libremente y sin necesidad de concurso público, con aquellas empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional, y se regula para que en el caso de empresas públicas encargadas de la gestión del agua. Tal como lo señala el artículo 318 de la Constitución del Ecuador (2008).

Es importante señalar que la Ley Orgánica de Empresas Públicas no contiene una regulación válida que regule este tipo de actividades, ya que se basa en lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas y su Reglamento, que determina que para en este tipo de contrato, uno de los requisitos es que el órgano supremo del órgano de contratación emita una resolución motivada que justifique la existencia de una circunstancia o necesidad que le da derecho a utilizar el régimen especial, apruebe el pliego de condiciones, el calendario del proceso y prevé el inicio del procedimiento especial.

Hay que destacar, que existen pocas empresas públicas que cuentan con un Reglamento para la aplicación de Régimen Especial de Contratación, que haya sido emitido por la vía de un Decreto Ejecutivo en similares condiciones que su proceso de constitución. Algunas otras, no lo tienen por la vía de un Decreto Ejecutivo, y únicamente han emitido por resolución de sus máximas autoridades un reglamento o instructivo al respecto⁶⁰, ello como requisito luego de haber recibido la aprobación de su Solicitud de Determinación de Giro del Negocio por parte del SERCOP.

2.2 Autonomía y poder de las empresas públicas en los procesos de contratación.

En los países latinos, la contratación pública es de gran importancia porque representa una herramienta fundamental para el desarrollo económico y social, ya que permite la inversión de recursos públicos en proyectos que benefician a la comunidad. Una contratación pública efectiva y transparente puede contribuir a mejorar la eficiencia del sector público y a reducir la corrupción, ya que se establecen mecanismos de control y supervisión en el uso de los recursos públicos. De igual manera, está puede fomentar la competencia y la innovación en el mercado,

al permitir que las empresas compitan por los contratos públicos y presenten propuestas que respondan a las necesidades del Estado.

LOSNCNP se esfuerza por "velar por el cumplimiento de los principios y normas que rigen los procedimientos de contratación pública para la adquisición o alquiler de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios" y "garantiza la calidad del gasto público, la transparencia, y simplifica, agiliza y adapta los procesos de contratación", para adaptarse a diversos requisitos de política." servicios públicos y su implementación oportuna", porque la contratación pública eficiente es esencial para garantizar que los recursos públicos se utilicen de manera efectiva y se adquieran los bienes y servicios necesarios para que el país funcione correctamente.

Antes de la implementación de LOSNCNP, no existía un registro nacional único de proveedores y cada entidad contratista gestionaba su propio proceso de calificación. En este sentido, la adopción de la LOSNCNP en 2008 significó un cambio fundamental en el sistema de adquisiciones públicas del país. Ecuador. Esta norma establece nuevos procedimientos y principios que promueven la transparencia, eficiencia y dinamismo en el proceso de contratación pública, posibilitando con ello una revolución significativa en la contratación pública en el país. A pesar de los esfuerzos por mejorar las compras públicas en Ecuador, aún quedan desafíos por superar. Entre estos problemas, la falta de planificación anual y asignación presupuestaria es el principal problema que debe resolverse.

La LOSNCNP establece los procesos de contratación pública en Ecuador, los cuales se dividen en siete fases.

1. La primera fase es la planificación, donde se define la necesidad de contratación y se establecen especificaciones técnicas, presupuesto y plazos.
2. En la fase de convocatoria y difusión se publica el llamado a la contratación y se envían invitaciones a posibles oferentes.

3. La presentación de ofertas es la tercera fase, en la que los oferentes presentan sus propuestas técnicas y económicas.
4. En la fase de evaluación se revisan y evalúan las ofertas y se determina la más favorable.
5. La adjudicación es la quinta fase, donde se otorga el contrato al oferente seleccionado.
6. En la fase de ejecución se lleva a cabo el contrato y;
7. En la fase de liquidación y cierre se realiza la verificación del cumplimiento de los términos establecidos en el contrato.

Para garantizar una contratación transparente y eficaz, es fundamental cumplir estrictamente con las directrices y plazos establecidos en cada fase.

Dado que el sistema de adquisiciones públicas del Ecuador es crucial para garantizar el bienestar de sus ciudadanos, tanto las partes contratantes como los proveedores estatales están obligados a cumplir con los estándares y lineamientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas (2008) con el fin de garantizar la contratación. la apertura, efectividad y altos estándares de calidad del proceso.

2.3 Procedimientos precontractuales.

Estos procedimientos, tiene como finalidad adjudicar a una persona natural o jurídica, asociaciones o consorcios de estas, la prestación de un servicio, la adquisición o arrendamiento de un bien, etc. La LOSNCP, inserto nuevos procedimientos de contratación estableciendo que las entidades que requieran contratar puedan hacerlo, a través de estos procedimientos. De igual manera se establece un régimen común y régimen especial, donde en el régimen común encontramos a los procedimientos dinámicos, procedimientos comunes y procedimientos especiales. Los procedimientos “dinámicos”, comprenden: las compras por catálogo electrónico y la subasta inversa.

Referente a los denominados “procedimientos comunes” tenemos a la licitación, cotización, menor cuantía e ínfima cuantía, los cuales se utilizan, cuando no ha sido posible contratar a través de los procedimientos dinámicos, en caso de tratarse de bienes o servicios normalizados; cuando hayan sido declarado desiertos estos procedimientos; o, cuando se trate de bienes y servicios no normalizados; y, para la contratación de ejecución de obras. Solo hay una única excepción a someterse a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), y es para aquellos contratos que se efectúen bajo procedimientos establecidos por la suscripción de convenios con organismos multilaterales de crédito, por ejemplo, BID, CAF, BM, etc.

La innovación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) es la integración de la “preferencia” en la actuación de contratación. El legislador consideró fijar “márgenes de preferencia” no solo para la producción nacional, sino también para MIPYME, y actores de la economía popular y solidaria, precisamente en los procedimientos de cotización y menor cuantía. Para hacer efectiva la preferencia, determino la asignación de parámetros de calificación cualitativos, en el caso de los procedimientos de menor cuantía, que deben ser incorporados en los pliegos para evaluar las ofertas que se presenten en dicho procedimiento, en el cual se invita a participar solamente a los micro pequeño y medianos proveedores y a los actores de la economía solidaria; y, para el procedimiento de cotización, parámetros de calificación valorados, en virtud de la participación de oferentes que no pertenecen a las MIPYME y la incorporación del margen de preferencia de localidad.

Estos procedimientos fueron incorporados en la ley, con el fin de renovar el proceso de contratación y convertirlo en un instrumento de eficiencia en la gestión de los recursos del Estado, promoviendo y garantizando la participación nacional y de micro, pequeños y medianos proveedores, no dejando de lado que estos proveedores sean confiables y competitivos. De allí la importancia de las entidades contratantes de vigilar, que no solo se adjudique un contrato por

haber resultado un postor favorecido con una preferencia, sino por el contrario, esta preferencia se otorgue justamente, porque estos proveedores cumplen con criterios de calidad preestablecidos en las condiciones del concurso o pliegos.

2.4 Regulación de las empresas públicas y contratación en España y Colombia.

Procedemos a revisar normativa en otros países, específicamente España y Colombia, para conocer como están reguladas las Entidades Públicas de acuerdo a su norma, pudiendo crear una idea referencial en cuanto a las diferencias que puedan existir con Ecuador.

En España, las contrataciones del sector público son regulados por el Real decreto legislativo (3 /2011), Texto refundido de la ley de contratos del sector público (TRLCSP), con el que garantizan los principios de libre acceso a la licitación, de publicidad y transparencia del procedimiento de contratación; y el principio de igualdad de trato, estos principios ayudan a los elementos de racionalidad económica para optimizar el empleo del dinero público en las contrataciones, que son, la libre competencia y la selección de la oferta más económica (Castillo, 2017).

La ley de los contratos los divide en, contratos administrativos y contratos privados, cuya división dependerá en función de los sujetos contratantes y el objeto del contrato; y su diferencia es significativa de acuerdo al régimen aplicable y a la jurisdicción competente (Travieso, 2016),

Según Travieso (2016), en la citada ley, los organismos y organizaciones que forman parte del sector público:

1. La administración estatal principal, las administraciones de entidades autónomas y las entidades que forman parte de la administración local.

2. Organismos rectores y servicios generales de bienestar.

3. Los organismos autónomos, las empresas públicas, las universidades públicas, los organismos gubernamentales y cualquier entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, asociados o dependientes de una entidad perteneciente al sector público, incluidos aquellos que, teniendo independencia funcional o con especial autonomía, tengan reconocida por la Ley, tiene funciones regulatorias o de control de carácter externo sobre una determinada industria o actividad.

4. Sociedades comerciales, en cuyo capital autorizado la participación de las personas especificadas en los párrafos 1 a 6 de esta sección, directa o indirectamente, supere el 50 por ciento.

5. Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo general, así como la legislación de régimen local.

6. Las fundaciones que cuenten con un aporte mayoritario directo o indirecto de una o más entidades que formen parte del sector público o cuyo patrimonio fundacional, que tiene carácter permanente, esté compuesto en más del 50% de bienes o derechos donados o transferidos de las referidas entidades.

7. Las Mutuas de Seguros de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

8. Cualesquiera entidades, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creadas específicamente para atender necesidades de interés público que no sean de carácter comercial o industrial, siempre que uno o más sujetos del sector público financien la mayor parte de su actividad, tengan el control sobre su dirección, o designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, dirección o control.

9. Asociaciones constituidas por las entidades, organismos y organizaciones antes mencionadas.

En Colombia, mediante decreto 4170 de 2011 se creó la Agencia Nacional de Contratación Pública denominada Colombia Compra Eficiente, la cual se divide en SECOP I y SECOP II, la primera es usada para cargar documentos pre y post contractuales firmados por las dos partes de manera física; y la segunda sirve para que todo el proceso se haga mediante la aplicación incluida la firma, es decir, los contratos se firman por medio de la aplicación.

En el artículo 3 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (CPACA), en el inciso 2, detalla los principios que deben observarse en todas las actuaciones administrativas, estos son: los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

La (Constitución Política de Colombia, 1991) de acuerdo a su artículo 355, permite que el Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, puedan contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro, es así que, el artículo 2 del Decreto 92 de (2017), apoyado en el artículo constitucional antes mencionado, plantea las condiciones que hay que cumplir para poder celebrar un proceso de contratación.

- ✓ Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o Sectorial de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de empresa pública, a través de los cuales la institución pública busque exclusivamente promover los derechos de las personas en situación de aparente debilidad o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las artes, la cultura, el deporte y la promoción de la diversidad étnica de Colombia;

- ✓ Que el contrato no implica una relación conmutativa en la que exista una contraprestación directa a favor de la empresa pública, así como instrucciones precisas dadas por ésta al contratista para cumplir con el objeto del contrato; Y
- ✓ La ausencia en el mercado de ofertas de bienes, obras y servicios necesarios para la implementación de la estrategia y política del objeto del plan de desarrollo, distintas de las ofertas de organizaciones privadas sin fines de lucro; o que, en su caso, la contratación con entidades privadas sin fines de lucro represente una optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, ahorro y gestión de riesgos. En todos los demás casos, el organismo público deberá aplicar la Ley 80 (1993), sus reformas y disposiciones.

De acuerdo a la Ley 80 de (1993), se denominaban entidades estatales:

- a) El país, sus regiones, departamentos, provincias, distrito capital y distritos especiales, áreas metropolitanas, asociaciones de municipios, territorios indígenas y municipios; establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado, empresas de economía mixta en las que el estado tenga una participación superior al cincuenta por ciento (50%); entidades descentralizadas indirectas, así como otras personas jurídicas en las que exista participación pública mayoritaria.
- b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o

dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Vemos que Colombia y España al igual que Ecuador coinciden en los principios de participación, transparencia, igualdad y publicidad, buscando un fin común, permitir la participación de todos, y buscar lo más conveniente para el Estado, optimizando el gasto público.

Coinciden también, en la potestad que tienen las empresas públicas sobre las contrataciones, al permitir la participación de las empresas privadas, siempre que estas sean de economía mixtas y el Estado tenga participación sobre ellas superior al 50%.

Conclusiones

En la contratación pública, pueden intervenir empresas públicas, así como personas naturales o jurídicas, y deben encontrarse en ejercicio de la función administrativa cuya finalidad es la realización de obras o prestación de un servicio público.

Todas las empresas públicas, al manejar recursos del Estado, están obligadas a adquirir los bienes o servicios ya sea de otra empresa pública o empresa privada por de medio de COMPRAS PUBLICAS, herramienta creada para el control de los gastos públicos.

La potestad de las empresas públicas en procesos de contratación en Ecuador está regulada por un régimen especial, y se deben tener en cuenta aspectos como la libertad de empresa, ya que las empresas públicas no tienen la libertad de gastar los recursos en bienes o servicios que no estén dentro de su competencias o que no se encuentren dentro del catálogo virtual, el derecho de la competencia, porque todos pueden aplicar para ser proveedores del estados, y ofertar al precio más bajo lo que la empresa pública requiera y el principio de transparencia, para evitar la corrupción.

La contratación pública constituye un tema de prioritaria atención para los países industrializados debido a la alta incidencia que tiene en la situación económica y social de una nación, está tiene lugar cuando se da una relación contractual entre las entidades públicas y personas naturales o jurídicas ya sean del sector público o privado.

Así mismo, la contratación pública en nuestro país ha sufrido una profunda transformación en el ámbito institucional y normativo. Se sustenta en principios y persigue la consecución de “objetos de contratación”: bienes, obras, servicios o consultoría, puesto que todas las instituciones que administren recursos públicos, públicas o privadas, deben observar la Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) y su reglamento general.

Para que haya una efectividad de la gestión de la contratación pública: deben aplicarse procedimientos de régimen común o de régimen especial, esto de acuerdo a la naturaleza del objeto de contratación, de igual manera, la contratación pública eficiente es fundamental para garantizar que los recursos públicos sean utilizados de manera efectiva y se adquieran los bienes y servicios necesarios para el buen funcionamiento del Estado.

BIBLIOGRAFIA

- Aljure, A. (2016). *Normatividad y jurisprudencia sobre el principio de transparencia en la contratación pública*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Constitución del Ecuador, 449 Registro Oficial (2008).
- Asamblea Nacional República del Ecuador. (2019). Código orgánico administrativo. *CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO*.
- Castillo Gil, M. P. (2017). *ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA Y ESPAÑOLA. APORTES PARA LA TOMA DE DECISIONES PARA LA AMPLICACIÓN DE MERCADOS DE LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS*.
<https://riunet.upv.es:443/handle/10251/76822>
- Congreso de la República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. En *Corte constitucional Consejo Superior de la Judicatura*.
- Ley 80 de 1993, 148 Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993 (1993).
- Corredor Higuera, J. A., Baquero Herrera, M. H., & Ríos Moreno, D. (2021). *El principio de trato justo y equitativo como fundamento de los mecanismos de protección*. En L. F. López Roca, M. H. Baquero Herrera, & J. A. Corredor Higuera (Eds.), *El principio de trato justo y equitativo como fundamento de los mecanismos de protección de los inversionistas de plataformas digitales de inversión* (pp. 713–766). Universidad Externado de Colombia. <https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.6478>
- Decreto 92 de 2017 - Gestor Normativo - Función Pública. (s/f). Recuperado el 17 de agosto de 2023, de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78935>

eficiencia | Definición | Diccionario de la lengua española | RAE - ASALE. (s/f). Recuperado el 26 de agosto de 2023, de <https://dle.rae.es/eficiencia?m=form>

Garrorena Morales, A. (1980). *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho.* Universidad de Murcia, 1980, 177 pp. (V. M. González-Haba). *Documentación Administrativa.* <https://doi.org/10.24965/da.vi188.4507>

Gutiérrez Fajardo, I. R. (2015). *La Aplicación del Principio de Vigencia Tecnológica en los Procedimientos de Contratación Pública y su Viabilidad en la Práctica administrativa.* [Universidad Central del Ecuador]. <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/8131> (2015)

Herrera González, M. I. (2020). *La aplicación de principios y objetivos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento general en la contratación de bienes y servicios con empresas públicas nacionales* [Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador]. <http://hdl.handle.net/10644/7579>

Ley Orgánica de Empresas Públicas. (2009). www.lexis.com.ec

LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. (s/f). Recuperado el 17 de agosto de 2023, de www.lexis.com.ec

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, (2008). www.lexis.com.ec

Leyva Vázquez, M., Batista Hernández, N., & Smarandache, F. (2018). *MÉTODOS MULTICRITERIOS PARA DETERMINACIÓN DE LA EFECTIVIDAD DE LA GESTIÓN PÚBLICA Y EL ANÁLISIS DE LA TRASPARENCIA* (Pons Publishing House, Ed.). <https://fs.unm.edu/MulticriterioNeutrosoficoLatam.pdf>

Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública. (2015). *MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA EL DESARROLLO DEL ECUADOR.*

- Ochoa Rodríguez, G. A., & Delgado Ochoa, J. N. (2019). *La potestad discrecional de la administración pública y el principio de legalidad* [Universidad del Azuay]. <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/8743>
- Oliva Blázquez, F. (2013). A vueltas con el concepto de empresa: La empresa comunitaria y la empresa pública. *Estado, Derecho y Economía*, 35, 121–157.
- Orbegoso Silva, M. (2020). El Principio de Legalidad: Una aproximación desde el Estado Social de Derecho. *IUS ET VERITAS*, 60, 198–209. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.010>
- Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública, (2009). www.compraspublicas.gov.ec.
- Sandoval Meléndez, S. A. (2015). *Problemática jurídica contemporánea de la capacidad asociativa de la empresa pública en el Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Travieso Caraballo, S. E. (2016). *TESIS DE MÁSTER Máster Ingeniería Estructural y de la Construcción Título*.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Nosotros, **Maldonado Castillo, Néstor Iván** con C.C: 080276178-3, y **Pita Vera, Gema Anaiz** con C.C: 092626403-7 autores del trabajo de titulación: **La Potestad de las Empresas Públicas en Aplicación del Derecho Público en los Procesos de Contratación en el Ecuador**, previo a la obtención del título de Abogados en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 2 días del mes de septiembre del 2023

f.



Nombre: Pita Vera, Gema Anaiz

CC: 092626403-7

f.



Nombre: Maldonado Castillo, Néstor Iván

C.C: 080276178-3

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA
FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

| | | | |
|---|---|------------------------|---|
| TEMA Y SUBTEMA: | La Potestad de las Empresas Públicas en Aplicación del Derecho Público en los Procesos de Contratación en el Ecuador. | | |
| AUTOR(ES) | Maldonado Castillo, Néstor Iván Pita Vera, Gema Anaiz | | |
| REVISOR(ES)/TUTOR(ES) | Dr. Romero Oseguera, Diego José | | |
| INSTITUCIÓN: | Universidad Católica de Santiago de Guayaquil | | |
| FACULTAD: | Jurisprudencia y ciencias sociales y políticas | | |
| CARRERA: | Derecho | | |
| TÍTULO OBTENIDO: | Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador | | |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: | 2 de septiembre del 2023 | No. DE PÁGINAS: | 33 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: | Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas | | |
| PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS: | Contratación Pública, Empresas Públicas, Derecho Público, recursos públicos, transparencia. | | |
| RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): Este trabajo de titulación se enfoca en analizar en el ejercicio de la potestad de las empresas públicas en la aplicación del derecho público durante los procesos de contratación en Ecuador. Este estudio emerge en un contexto por la importancia que tienen las empresas públicas o estatales en la economía ecuatoriana y su papel en la ejecución de proyectos públicos. Revisamos los fundamentos teóricos y legales de las empresas públicas en el Ecuador, haciendo énfasis en su función como herramientas para lograr los objetivos de interés público y sus conexiones con el derecho administrativo y el derecho de contratación pública; también, se aborda el marco normativo que rige los procesos de contratación en Ecuador, haciendo énfasis en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y sus reglamentos, así como en la Constitución de la República, que establece los principios de legalidad, transparencia y eficiencia en la gestión pública. La parte principal de este trabajo se centra en el análisis de la potestad de las empresas públicas en la toma de decisiones durante los procesos de contratación, los procesos precontractuales y la autonomía que tienen las empresas públicas al momento de la contratación pública. Finalmente, se presentan conclusiones que destacan la relevancia de clarificar los límites de la potestad de las empresas públicas en la aplicación del derecho público en los procesos de contratación. | | | |
| ADJUNTO PDF: | <input checked="" type="checkbox"/> SI | NO | |
| CONTACTO CON AUTORES/ES: | Teléfono: +593-994-720-343 Gema Pita +593-961-200-320 Iván Maldonado | | E-mail: gemajorge1991@gmail.com nimc66@gmail.com |
| CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE): | Nombre: Ángela María Paredes Cavero Teléfono: +593-997-604-781 E-mail: angela.paredes01@cu.ucsg.edu.ec | | |
| SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA | | | |
| Nº. DE REGISTRO (en base a datos): | | | |
| Nº. DE CLASIFICACIÓN: | | | |
| DIRECCIÓN URL (tesis en la web): | | | |